

إِلَى مَعْفِفَةِ أَحْوَالِ ٱلإِنْسَانِ فَالْمَامَاتِ النَّمِيَة

عَلَىٰ مَذْ مَبِ ٱلإِمَادِ ٱلأَعْظَوِ أَبِ حَنِيْفَةَ ٱلنَّعُمَانِ مُلائِمًا لِسَائِرِ ٱلْأَصْلَ إِلاسْلَائِيَةِ

المجلَّدالشَّاني

لِمُؤَلِّنِهِ ٱلمَغْفُورِكَهُ

محرقب ري باشا ۱۲۲۷ - ۱۲۰۱ ه

سشئنج وَدَاسَة وَعَٰفِيق مُركَرْالدِّرَاسَسات الِفَعْهِيَّةِ وَالاقِيصَادِيَّةِ

رانِ د.أخَهدجَابرَبُا

أ. د . هُحَمَّداً حُمَّدسَلِج النَّذَاذالِهُ إِنْسَانِ الإِنْادَيْةِ الْكَلِيمَةِ الْاِيكِةِ التَّالِمَةِ

د. أَحْمَدجَابِرَبَدُرَان ئىيرتِئَوَالِيْرَاكِ تَالِيْقِيَّةَ وَالاقْتِكَادِيَّة

جُالُولِلْتَيْخِيِّلِهِمْ الطباعة والشروالتوزيّع والترجمة

بطاقة فهرسة

فهرسة أثناء النشر إعداد الهيئة المصرية العامة لدار الكتب والوثائق القومية – إدارة الشؤون الفنية

قدري ، محمد قدري ، ١٨٢١ - ١٨٨٨ .

مرشد الحيرات إلى مورة المياد إلى الإمام الماملات الشرعة على مذهب الإمام الأصطام أي حيفة الصدان المستركة المساسلة الأصلام أي خاصد قدري اشرح ودامة وتحقيق مركز الدراسات الفقية والانتصادية ١ إشراف حمد الحالم الماملة ١ الماملة ١ ماملة ١ ما

ب - سراج ، محمد أحمد (مشرف) . ج - بدران ، أحمد جابر (مشرف) .

104,1

كَ الْمَهُ حُقُوقَ الطَّنْعُ وَالْمَيْشُ وَالْمَرِّحَمُهُ مُحَفُّوطُهُ لِلسَّنَا شِرُّ كَالْمَا الْمُكَارِّ الْمُنْ كَالْمَثَانِ الْمُنْكِالِثِينَ الْمُنْكِلِينَ وَمُنْ الْمُنْفَانِ

عَلَدُلْفَا دِرْمُحُوْدِ الْبِكَارُ

الطَّبَعَةَ الأُولَىٰ ١٤٣٢هـ / ٢٠١١ م

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطغي مواز لشا

الإدارة : القادرة : ١٩ شارع عبر لطني مواز لشارع عباس البقاد تعلف مكتب مصبر للطيران عند الحديثة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشريبين – مدينة نصبر عالت : ٢٠٢١ - ٢٧٤ - ٢٧٤ (٢٠٠٦) ٢٠٠٤ عالي ١٠٤٠ (٢٠٠٠) الاستفادة منافذة المستفدة المست

ودارس ومحقق).

د - العنوان ,

المُنجَّدَ: فسرة الأوسر: ١٢ شار قبط أزهر الرئيسي - عاشد : ١٩٥٣/١٠ ((٢٠٠٠) المُنجَّدَ : أخر عليهُ أن العاد شار المُنجَّة : فم عليهُ تعدر : ١ شارة الحياس من علي سفره من شارة علي أمن العاد شارة : ١١١٥ (٢٠٠٠) المُنجَّدِة في مستقين المناسقين (المناسقين العادية - عائب المناسقين بعدارة مسيمة المناسقين المسابقة المناسقين المناسقين



للطباعة والنشروالتوزيع والترجمكة

نأسست الدار عام ۱۹۷۳م وحصلت على جائزة أفضل ناشر الثراث اثلاثة أعوام متثالية ۱۹۹۹م ، ۲۰۰۰م ، ۲۰۰۱م هي عشر الجائزة تتويجًا لفقد ثالث مضى في صناعة النشر

فی

المداينات والعقود والأمانات والضمانات





الغَصِّلُ الأوَّلُ

في الدِّين

♦ (عادة ١٦٨) الذين ما وجب في ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب. الدين على نوعين مشترك وغير مشترك(٠٠).

الدَّين في اللغة من المداينة، يقال: داينت فلانًا إذا عاملته دينًا، أخذًا أو إعطاء، والدَّين في تعريف ابن نجيم: هو لزوم حق في الذمة، فيشمل الحقوق المالية وغير المالية كالزكاة والصيام، كما يشمل ما ثبت بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو إتلاف أو جناية أو غير ذلك^(١).

وقد عرَّف الأحناف الدَّين بأنه (ما يثبت في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض ». وهو ما جرت عليه العادة العذكورة، فيشعل الدَّينُ الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة من الوِخْلِيَّات والقيميات التي تقبل الضبط بالوصف؛ ولذا « يجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتنضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب »".

أما الأموال التي لا تضبط بالصفة كالجواهر التي تختلف آحادها وتتفاوت إفرازها فلا تثبت في الذمة دينًا عند جمهور الفقهاء لعدم تعيينها؛ ولذا اشترطوا في السَّلَم والقرض والاستصناع أن يكون المال الثابت في الذمة مما تنضبط صفاته؛ لأن ما لا تنضبط صفاته لا يشت في الذمة لاختلاف آحادها اختلافًا كثيرًا فيؤدي في الغالب عند الوفاء به إلى الخصومة والمنازعة، وخالف الشافعية في ذلك ورأوا ثبوت الدَّين في الذمة إذا كان المعلى المالية أو بردًّ المالية ويمينًا لا يقتبط المالية أو بردًّ المالية ويمينًا المنافع في الذمة عن الله في الصورة ويغفر التفاوت في الذمة والله يأداء وتبت المنافع في الذمة عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وذلك إذا كانت يثلِيَّة أو قيمية قابلة عند حمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وذلك إذا كانت يثلِيَّة أو قيمية قابلة

⁽١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٣٤.

⁽٢) فتح الففار شرح المتار : ٣/ ٢٠) العناية شرح الهداية : ١/ ٣٤٦، رد المحتار : ٤/ ٢٥، القواعد لابن رجب ص : ١٤٤٠ المبدع : ٤/ ١٥٠.

⁽٣) الهذب: ٢/ ٣١٠.

للضبط بالوصف؛ ولذا أجازوا الاتفاق على منفعة غير معينة بالذمة إذا كانت موصوفة في الذمة؛ كسكني مدة معينة في حجرة غير محددة أو الركوب إلى محلة معينة دون تعيين الدابة، وهذه هي « إجارة الذمة »، نظرًا لتعلق المنفعة المعقود عليها بذمة المؤجر، لا بشيء معين. وقد اعتبر المالكية والشافعية ﴿ إجارة الذمة ﴾ سلمًا في المنافع، ولهذا اشترطوا تعجيل الأجرة، ويفيد تعلق الدَّين بذمة المدين أن تكون جميع أمواله صالحة للوفاء به، وألا يمنع الدين حق المدين في التصرف في أيٌّ من أمواله المملوكة له عند ثبوت الدين أو بعد ثبوته. ويعقب الدكتور عبد الرَّزَّاق السَّنْهُوري على مادة المرشد المذكورة التي تحصر مصادر الدين في العقد الوارد على استهلاك مال أو في ضمان الغصب بقوله: ﴿ والصحيح أن مصادر الدين تزيد على ما ذكره مرشد الحيران في المادة (١٦٨) فهي أولًا: العقد كالقرض يلتزم به المقترض أن ير د للمقرض مبلغًا من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه، وكالبيع إذا كان الثمن نقودًا أو أشياء مثلية يلتزم به المشترى أن يدفع هذا الثمن للبائع. أما التزام البائع بتسليم العين للمشتري فهذا التزام بالعين كما سنري، وهي ثانيًا: الإرادة المنفردة كالنذر والهبة والوصية إذا كان كل ذلك نقودًا أو مثليات، وهي ثالثًا: العمل غير المشروع، ولا يقتصر ذلك على الغصب كما ذكر صاحب مرشد الحيران، فكل ضمان ينشأ من غير العقد كغصب أو سرقة أو إتلاف يكون محله عوض الشيء المضمون، وهذا العوض إما أن يكون مبلغًا من النقود هي قيمة الشيء المضمون إذا كان قيميًّا، وإما أن يكون جملة من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثليًّا. وهي رابعًا: الإثراء بلا سبب في بعض الحالات؛ فمن دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على مَنْ قبضه بغير حق (م ٢٠٧ مرشد الحيران) فإذا كان هذا الشيء نقودًا أو مثليًّا كان الرجوع بدين متعلق بالذمة. وهي خامسًا: الشرع ذاته كالالتزام بالنفقة، ومحلهُ عادةً مبلغٌ من النقود، فهو دِّينٌ متعلق بالذمة ١٠٠٠.

ويشير السنهوري إلى وقوع بعض دارسي الفقه الإسلامي المحدثين في الخطأ عندما يسوون بين مفهوم الدِّين في الفقه الإسلامي والحق الشخصي في اصطلاح القوانين الغربية (الله يقدو الدَّين في الاصطلاح الفقهي أضيق نطاقًا من مفهوم الحق الشخصي في تعريف القوانين المدنية العربية له، ومع ذلك يرى السنهوري أن الفقه الإسلامي قد تطور بدرجة محدودة من التمييز بين الدَّين والمين إلى التمييز بين الحق الشخصي والميني بإدخال عنصر المطالبة التي هي من خصائص الدَّين ضمن مفهوم الالتزام بالمين، ويوضح ذلك

مصادر الحق: ١/١٧.
 مصادر الحق: ١/١٧.

بالإشارة إلى أن الدَّين في الفقه الإسلامي يشتمل على عنصرين، أولهما: أصل الدين ويتعلق بالذمة، والآخر: المطالبة وهي تتبع الأصل، فإذا رأينا الالتزام بالعين يشتمل على عنصر المطالبة فقد اقترب من الدَّين، وأمكن القول بوجود حق شخصي في الفقه الإسلامي يجمع كُلُّ من الدَّين، والعدرات.

وقد عبرت المادة (٦٨) مدني أردني عن هذا التطور في تعريفها للحق الشخصي، ونصها: « الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائنُ مدينةُ بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ».

● (مادة ۱۹۹) الدّین المشترك ما كان سببه متحدًا سواء كان ثمن مبع مشتركًا بین اثنین أو أكثر في بيع صفقة واحدة، ولم يذكر عند البع مقدار ثمن حصة كلَّ واحد من الشركاء أو دینا آیكر بالإرث إلى عدة ورثة أو قیمة مال مستهلك مشترك أو بدل قرض مستقرض من مال مشترك بین اثنین أو أكثر "ا.

الذين المشترك هو ما كان سببه متحدًا؛ كأن يكون ثمن مبيع مشترك بين اثنين أو أكثر، لم يذكر عند البيع مقدار ثمن حصة كل واحد من الشركاء أو ديئا آيلاً بالإرث إلى عدة ورثة أو قيمة مال مستهلك مشترك أو بدل قرض من أموال الشركاء؛ من ذلك: أن يبيع الشريكان دارًا مشتركة بينهما بعقد واحد دون تحديد ثمن نصيب كلَّ منهما فيها، لكن لو تعددت الصفقة الموجبة للدَّين حقيقة أو حكمًا فإن الدَّين لا يكون مشتركًا، وذلك كما لو باع كلِّ منهما نصيبه في الدار المشتركة بعقد مستقل، حتى ولو كان المشتري منهما واحدًا، وحينتذ لا سبيل لأحد البائعين على الآخر إذا تقاضى حصته من الثمن.

ومن الدَّين المشترك أيضًا أن يكون وجوب الدَّين عوضًا عن مالين غير مشتركين إلا أنه استحق عنهما صفقة واحدة، كدار لهذا ودار لآخر باعاهما في عقد واحد بثمن مجمل دون تمييز لحصة كلَّ من الدارين في هذا الثمن المجمل، لا بيبان مقدار كستماتة لهذا وأربعمائة للآخر، ولا بتحديد صفة كفود فضية لهذا وذهبية للآخر، الانعدام الاشتراك بينهما بهذا التمييز. وبهذا فإن اتحاد الصفقة ورضاهما بها وعدم تميز حصة كل منهما هو الذي أوجب الاشتراك في الثمن "ك.

⁽١) السابق: ١/ ٢٦.

⁽٢) يستفاد حكمها من شرح التنوير، جزء رابع نمرة : ٢٦٢.

⁽٣) تبيين الحقائق: ٥/ ٥٥، العناية على الهداية: ٧/ ٤٥.

ومن الدين المشترك طبقًا لما جاء في المادة (١٧١) مرشد، أنه: ﴿ إِن التَّرْمِ اثنان بعقد كفالة بدين وأدَّياه من مال مشترك بينهما فالمطلوب لهما من المكفول عنه يكون دُيْنًا مشتركًا ».

وتأتي أحكام الدين المشترك في المواد (١٧٣) مرشد، وما بعدها مما سيأتي توضيحه. والاشتراك في الدَّيْن صورة من صور تضامن الدائنين في الفقه الإسلامي الذي عرف نظام تضامن الدائنين وتضامن المدينين؛ إذ يقوم التضامن بين الدائنين في شركة المفاوضة، سواء كانت شركة أعمال أو شركة وجوه متى كان الدين ناشتًا عن ماشرة أعمالها التجارية، فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن إذا باع أحدهم مالًا للشركة. ويقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال؛ فالشركاء دائنون بالأجر المستحق، ولكلِّ منهم أن يطالب المدين بكل الدين. وإذا أدى المدين كل الدين إلى أحد المدينين المتضامنين برثت ذمته نحو الجميع فيرجع الدائنون على شريكهم الذي قبض الدين، كلٌّ منهم بقدر حصتهم فيه. ويقوم التضامن في شركة المفاوضة على أساس الوكالة، فكل شريك وكيل عن الآخر في القبض والتقاضي وفي جميع حقوق العقد. أما في شركة العنان فيقوم التضامن على أساس أنهم متضامنون كمدينين بالتزامهم بالعمل، فيكون دائنين متضامنين في حقهم في الأجر.

وقد تناولت المواد (٢٧٩ - ٢٩٩) مدنى مصرى، أحكامَ الدائنين المتضامنين، كما تناول القانون المدنى الأردني في مواده (٤١٢ - ٤١٦) أحكام التضامن بين الدائنين ثم أعقبه في المواد (٤١٧ - ٤٢٥) بالدين المشترك الأكثر ظهورًا في الفقه الإسلامي.

● (هادة ١٧٠) الدين الغير مشترك هو ما كان سببه مختلفًا لا متحدًا؛ كأن أقرض اثنان كل منهما على حدته مبلغًا لشخص أو باعاه مالًا مشتركًا بينهما وسمى حين البيع كلُّ واحد منها لنصيبه ثمنًا على حدته(١).

أما الدين غير المشترك طبقًا لما عرفته هذه المادة فهو ما كان سبه مختلفًا لا متحدًا، كما لو أقرض اثنان كلٌّ على حدته مبلغًا لشخص أو باعاه مالًا مشتركًا بينهما وسمى كل واحد منهما ثمن حصته. وحكم الدين غير المشترك طبقًا لما جاء في (المادة ١٧٢) مرشد، أنه اإذا كانت الديون المطلوبة من المدين غير مشتركة فلكل واحد من أربابها استيفاء دينه على حدته من المديون وما يقبضه يحسب من دينه خاصة لا يشاركه فيه أحدٌ من الدائنيُّن الأخر ».

ولا يخرج تعريف الدين المشترك في القانون المدنى الأردني عن ذلك؛ فقد جاء

⁽١) يستفاد حكمها من شرح التنوير، جزء رابع نمرة : ٦٦٢.

في المادة (٤١٧) من هذا القانون أنه: ﴿ يكون الدين مشتركًا إذا اتحد سببه أو كان دَيْنَا أَلَ بالإرث إلى عدة ورثة أو مالًا مستهلكًا ومشتركًا أو بدل قرض مستقرض من مال مشترك ٤. ويُومِئُ تعريف الدين المشترك على هذا النحو إلى ما يقابله من الدين غير المشترك.

● (عادة ١٧١): فإن التزم اثنان بعقد كفالة بدين وأدياه من مال مشترك بينهما؛ فالمطلوب لهما من المكلوب المك

تنفرع هذه المادة عما جاه في المادة (۱۹۹) من تعريف الدين المشترك، ولا تخرج عن أن تكون مجرد صورة من صور الدين المشترك؛ ذلك أنه إذا الترم اثنان بعقد كفالة بدين وأدياه من مال مشترك بينهما فإنهما يكونان شريكين في الدين الذي أدياه على أساس تضامنهما في أداء الدين بالترامهما كفالة الدين.

(مادة ۱۷۲): إذا كانت الديون المطلوبة من المدين غير مشتر كة فلكل واحد من أربابها
 استيفاء دينه على حدته من المديون وما يقبضه يحسب من دينه خاصة لا يشاركه فيه أحد من
 الدائين الأخر (").

أوضحت هذه المادة حكم الديون المتعددة على المدين عند عدم الاشتراك في أيَّ من هذه الديون، وهو أن كُلَّر منهم مستقل عن الآخر يأخذ حقه من المدين ويطالبه بحقه ويستقل بما يأخذه منهم، إلا إذا كان المدين محجورًا عليه فإن ما يأخذه أحدهم بقدر حصته في الدين طبقاً لأحكام الحجر التي يأتي توضيحها في مناسبتها.

ومن المواد السابقة يتضح أن مصدر اللين المشترك قد يكون وضمًا قانونيًّا، وهو سبق الاشتراك في الدين بحكم القانون، كما في الميرات وقد يكون وضمًا اتفاقيًّا لوحدة الصفقة. وهكذا فإن مصدر الدين المشترك هو الشرع أو الاتفاق، وهو الحال ذاته في التضامن بين الدانين الذي لا ينشأً إلا بالقانون أو الاتفاق.

...

(مادة ۱۷۲): إذا كان الدين المطلوب من المدين مشتركًا بين اثنين أو أكثر فلكل واحد.
 من الشركاء أن يطلب حصته منه ولا يختص القابض منهم بما قبضه بل يكون مشتركًا

⁽١) يستفاد حكمها من الفتاوي الهندية، جزء ثان نمرة : ٢٨٨.

⁽٢) يستفاد حكمها من حاشية أبي السعود على منّلا مسكين، نمرة : ١٨٤، ومن الهندية، جزء ثان نمرة : ٢٨.

بين الشركاء، لكل واحد منهم حق فيه بقدر حصته، فإذا كان بعض الشركاء في الدين غائبًا وطلب الحاضر (١٠ حصته يأمر الحاكم المديون بأدانها إليه ١٠٠.

...

(مادة ٧٧١) إذا قبض أحد الشريكين شيئًا من الدين المشترك فالشريك الآخر بالدخيار إن شاء شاركه فيما قبضه عينًا وأخذ منه ما أصاب حصته ويتبعان المديون بما بقي لكل منهما في ذمته، وإن شاء سلَّم للقابض ما قبضه واتبع المديون بحصته.

فإن اختار متابعة المديون فلا يرجع على القابض بشيء إلا إذا هلك نصيبه بأن مات المديون مفلسًا؛ ففي هذه الصورة يرجع على القابض بحصته فيما قبضه ويأخذ منه مثل المقبوض لاعينه '''.

تُجِول هاتان المادتان أحكام الدِّين المشترك في أمرين، أولهما: أن لكلَّ من الشركاء مطالبة المدين بحصة دينه، على وجه الانفراد، فلو كان أحد الشركاء غائباً أو غير راغب في مطالبة المدين صح لغيره أن يطالب المدين، ويقضي القاضي للمطالب بحصته من الدين. والآخر: أن ما يقبضه أحد الشركاء في الدين المشترك لا يختص به، بل يكون مشتركًا بين الشركاء، لكل واحد منهم حق فيه بقدر حصته (1).

ومع ذلك فإن لشريك المدين الذي قبض حصته الخيارَ في المشاركة في القدر المقبوض من حصة الآخر أو تركها له ومتابعة المدين في المطالبة، ولا حق له إن اختار متابعة المدين في الرجوع على القابض إلا إذا عجز عن الاستيفاء من المدين، كأن مات مفلسًا، فعندنذ برجم على القابض بمقدار حصته من الدين فيما قبضه.

وقد أوضحت ذلك المادتان (٤١٨، ٤١٩) مدنى أردني، هذين الحكمين، ونصهما:

- المادة (٤١٨): « لكلَّ من الشركاء في الدين المشترك أن يطلب حصته فيه، ويكون ما قبضه مالاً مشتركًا بين جميم الشركاء، لكل بقدر نصيبه ».

(١) في طبعة دار الفرجاني (الحاصر ، والمثبت هو الصحيح.

(٢) يستفاد حكم أولها من فصل المطالبة بالدين من كتاب التنوير، ويستفاد حكم آخرها من الفتاوى الهندية، جزء ثان
 ندة : ٢٠٠٠.

(٣) يستفاد حكمها من شرح التنوير، جزء رابع نموة : ٦٦٣ و ٦٦٣، ومن حاشية أبي السعود على متلا مسكين، جزء ثالث نموة : ١٨٤، ومن القتاوي الهندية، جزء ثان نموة : ٢٨٨.

(٤) الفتاري الهندية : ٢/ ٣٣٦، درر الحكام : ٣/ ٢٣، والمواد : ١١٠٠، ١١٠١ من المجلة العثالية، وحاشية أبي السعود علم منالا مسكن : ٣/ ١٨٤. ١ = «إذا قبض أحد الشريكين بعض الدين المشترك فللشريك الآخر أن يشاركه فيه بنسبة
 حصته ويتبعان المدين بما بقى، أو أن يترك له ما قبضه على أن يتبع المدين بحصته.

٢ - فإذا اختار الشريك متابعة المدين فليس له أن يرجع على شريكه إلا إذا هلك نصيبه،
 وله أن يرجع عليه بنسبة حصته فيما قبض ».

ويختلف أثر الاشتراك في الدين عن التضامن بين الدائنين الذي نظمت أحكامه القوانين المدنية العربية؛ ذلك أنه في التضامن بين الدائنين يجوز لأيٌ منهم أن يطالب بكل الدين، كما يجوز لهم مجتمعين أن يطالبوا به أيضًا، ولهم الرجوع على الدائن الذي قبض الدين بحصصهم فيه، أما الدائن في الدين المشترك فلا يرجع على المدين إلا بحصته، ويترتب على أن الدائن لا يرجع على المدين إلا بمالة من حصة في الدين؛ أن كثيرا من حالات انقضاء الالتزام في تضامن الدائنين بسبب غير الوفاء؛ كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقادم لا توجد في الدين المشترك؛ إذ إن الدائن لا يستوفي إلا حصته.

● (مادة ۱۷۰) إذا قبض أحد الشريكين حصته من الدين المشترك وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها فلشريكه الآخر أن يضمنه حصته منها(١٠).

لا يبرأ الشريك القابض حصته في الدين المشترك من حق شريكه في محاصته فيما قبض بهلاك ما قبضه أو استهلاكه أو تصرفه فيه بوجه من الوجوه، ولشريكه أن يضمنه حصته منها، فلو كان الدين المشترك ألفا بين اثنين مناصفة، وقبض أحدهما حصته، وهي خمسمائة، فنصرف فيها بقضاء دين عليه أو بالهية أو بدفعها ثمن ما اشتراه أو غير ذلك من أوجه التصرف فإن للدائن الآخر أن يضمنه نصفها مائين وخمسين، وتبقى الخمسمائة الأخرى من الدين مشتركة بينهما، فيحق لأيهما المطالبة بها ويتقاسمان ما يقبضه أيهما منها (٢٠)

(مادة ١٧٦) إذا قبض أحد الشريكين حصته من الدين المشترك وتلفت في يده بلا تقصير
 سنه فلا يضمن حصة شريكه في المقبوض ويكون مستوفيًا حقه قصاصًا وما بقي من الدين

⁽١) يستفاد حكمها من الفتاوي الهندية، جزء ثانِ نمرة : ٢٨٧.

⁽٢) الفتاوي الهندية : ٢/ ٣٣٧، درر الحكام : ٣/ ٢٦، المجلة العدلية :

بذمة المديون يكون حقًّا للشريك الآخر(١١).

لا يضمن القابض حصته من الدين المشترك لشريكه ما يتلف في يده بلا تعديه ولا تقصير
منه، ويكون مستوقيًا قيمة ما تلف من دينه، ويتبع الشريك الآخر المسمى بالشريك الساكت
المدين بحصته من الدين. أما ما يتلف في يدالشريك القابض بتعديه أو بتقصيره فإن للشريك
الساكت أن يطالبه بأداء حصته من الذين فيما قبضه، فلو كان الدين المشترك بينهما ألفًا
مناصفة، وقبض أحدهما حصته وتعدى فيها بالإثلاف أو قصر في حفظها فإنه يضمن
للشريك الساكت نصف ما قبضه، ويطالبان المدين بتا عليه من الدين.

وقد جاء ذلك في المادة (٤٢٠) مدنني أردني، ونصها:

١ = ٤ إذا قبض أحد الشركاء حصته في الدين المشترك ثم تصرف فيها أو استهلكها
 فللشركاء الأخرين أن يرجعوا عليه بأنصبائهم فيها.

٢ - فإذا تلفت في يده بلا تقصير منه فلا ضمان عليه لأنصبة شركائه فيها، ويكون
 قد استوفى حصته، وما بقى من الدين بذمته يكون لشركائه الأخرين ٢.

 (مادة ١٧٧) إذا أتلف أحد الدائنين في الدين المشترك مالًا للمديون وتقاصًا بحصته ضمانًا فلشر بكه أخذ حصته منه (١).

•••

 (مادة ۱۷۸) إذا اشترى أحد الشريكين بنصيبه من الدين المشترك مالاً من المديون فالشريك الآخر مخير إن شاء ضمنه ما أصاب حصته من ثمن ما اشتراه أو رجع بحصته على المديون وله أن يشاركه في المال المشترى إن تراضيا على ذلك?..

يشمل قبض الدين من أحد الشريكين كل ما يُمَدُّ وفاء وإقباضًا، فلو شغلت ذمة أحد الشريك الشريكين في الدين المشترك بحق للمدين، وذهب قصاصًا في حصته فإنه يضمن للشريك الساكت قدر حصته فيما قبضه حكمًا. فلو كان الدين المشترك ألفًا مناصفة بين اثنين، وأثلف أحدهما مالًا للمدين، أو غصبه منه وهلك في يده فإنه يضمنه، فلو كان الواجب بالضمان مثل الدين فإنه يضمن للشريك الصامت نصف حصته الواجب بالضمان؛ لأنه استوفى حقه

⁽١) يستفاد حكمها من الفتاوي الهندية، جزء ثان نمرة : ٢٨٧.

 ⁽٢) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة: ٦٦٣، ومن الفتاوى الهندية، جزء ثان نمرة: ٢٨٩.

⁽٣) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة : ٦٦٣، ومن الفتاوي الهندية، جزء ثانِ نمرة : ٢٨٨.

قصاصًا بما عليه، فيضمن لشريكه ما يقابل حصته، ويطالبان المدين بالباقي. وكذا لو اشترى أحدهما من المدين شبئًا، وذهب ماله من الدين قصاصًا في الثمن، فإن للشريك الصامت أن يطالب بحصته من الدين فيما استوفاه شريكه من مدينهما، والشريك الصامت مخير كما تقدم - بين استيفاء حصته من الشريك القابض حقيقة أو حكمًا وبين المتابعة للمدين، غير أن هذا الاختيار مقيد بعدم التُوى، وإلا فإن له أن يرجع على المدين القابض لاستيفاء حصته ما قبضه.

وسواء في ذلك كله أن يكون الدين دين معاوضة كألف هي ثمن دار مشتركة، أم دين إتلاف أو غصب مال مشترك تلف في يده، أو نصيبهما في ميراث مَنْ توفي من أقاربهما أو بدل قرض, أقرضاه من مال مشترك ينهما.

وإنما اعتبر ما يقبضه أحد الشريكين قبضًا عن الدين المشترك؛ لأنه لا يكون مقبوضًا عن حصة القابض وحده إلا بعد تميز حصة كل منهما من الدين بقسمته بينهما، ولا يمكن ذلك لأن الدين في ذمة المدين، ولا يمكن قسمة ما في الذمة.

ولذا فإن للشريك الصامت الرجوع على الشريك القابض بحصته فيما قبض؛ لأنه أخذ حقه ولا ولاية له عليه في هذا الأخذ فكان له أن يرجع عليه فيما قبضه من حمته. وإذا اختار الشريك الصامت الرجوع على القابض بحصته فيما قبض من الدين المشترك لم يكن للقابض أن يمنعه منه أو يعطيه غيره أو بدله وإن كان مثله أو أجود منه؛ لأن عين حقه فيما فيه أن المنافض.

فإذا فات المقبوض عند القابض بسبب ما كضياع أو تلف بتعد أو تقصير أو دفعه للغير في معاوضة أو ضمان أو تبرع، فإنه يكون قد فوَّت على الشريك حصته فيما قبضه، فيكون لشريكه أن يضمته ما فوَّته عليه. أما إذا كان الهلاك بدون تعد ولا تقصير فلا تضمين ولكن يكون الفوات كله على القابض، ويظل نصيب الشريك الساكت في الدين كاملًا في ذمة المدين فيطالبه به.

وإذا رجع الشريك الساكت على القابض بعد تواء حقة عند المدين بإفلاسه فليس له إلا مثل هذا الحق في ذمة القابض، ويكون دينًا كسائر الديون؛ لأنه أسقط تعلق حقه بعين المقبوض فانتقل حقه بوجوبه مرة أخرى إلى ذمة شريكه.

ويخلص للشريك القابض ما يقبضه من حصته في الدين المشترك إذا أجَّل أحدهما المدين؛ لأن الأجل يمنع المطالبة، وهو يملكها فيكون قد تصرف في خالص ملكه فينفذ، كما لو أبرأه، فإذا حلَّ الأجل عاد حقه في المطالبة. وخالف فيه أبو حنيفة، ورأى أن تأجيل أحدهما المدين في الوفاء لغوَّ؟ إذ هو يتضمن القسمة، ولا تصح في الدين لأن محله الذمة، ولأنها تتضمن المعاوضة، ولا يمكن ذلك في الذمة.

(مادة ۱۷۹) إذا أبرأ أحد الشريكين المديون عن نصبيه من الدين المشترك صح إبراؤه
 وليس لشريكه أن يرجم عليه بشيء من المبرأ.

فإن أبرأ أحدهما المدين عن بعض نصيه من الدين يقسم الباقي على سهامه وكذلك إذا وهب أحدهما حصته للمديون صحت هيه فلا يكون ضامنًا حصة شريكه من الدين.

إذا ضمن أحد الشريكين لمديونهما دينًا وأجبًا له على شخص صارت حصته قصاصًا بالدين الذي ضمنه ولا شيء لشريكه عليه.

وإذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان إن كانت الكفالة بأمره لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه''⁾.

تضمنت هذه المادة حكم تصرف الدائن في حصته من الدين المشترك، والقاعدة أنه بجوز له أن يتصرف في حصته بالتبرع بها للمدين أو غيره، ولا يتبعه الشركاء في قيمة هذه الحصة. ولذا يصح له كما جاء في المادة أن يبرئ المدين من حصته، ولا يرجع عليه شريكه بشيء مما أبرأه عن المدين، كما يصح له كذلك أن يهب حصته للمدين، ولا يضمن لشريكه في الدين شيئاً من قيمتها، ويصح له كذلك أن يضمن عن مدينة دَيِّنًا يؤديه من حصته، ويصح له كذلك أن يضمن لمدينه دينًا على آخر، وتصير حصته قصاصًا بالدين الذي ضمنه -، لكن لو قبض مبلغ الضمان من المكفول عنه يعود لشريكه الحق في محاصته - فيما قبضه طبقًا للقواعد العامة في الدين المشترك.

ويتفق ذلك في لفظه مع ما جاء في المادة (٤٢٣) مدنى أردني، ونصها:

« يجوز لأحد الشريكين أن يهب حصته في الدين للمدين أو أن يبرئه منه، ولا يضمن
 أنصبة شركائه فيما وهب أو أبراً ».

(مادة ۱۸۰) إذا أخذ أحد الشريكين في الدين رهنًا من المديون في مقابلة حصته وتلف

⁽١) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة: ٦٦٣، ومن الفتاوي الهندية، جزء ثان نمرة: ٢٨٩، ٢٩٠.

الرهن في يده فلشريكه أن يضمنه مقدار ما أصاب حصته(١٠).

القاعدة العامة في الدين المشترك أن ما يقبضه أحد الشريكين من حصته في الدين المشترك لا يسلم له، ويتعلق حق شريكه بقيمة ما قبضه؛ فلو تصرف فيما قبضه تصرفًا بؤدي إلى إسقاط حق شريكه فيما قبضه بإتلاف أو استهلاك أو بيع أو شراء فإن حق الشريك ينتقل من العين إلى القيمة إن أراد هذا الشريك محاصته فيما قبض. ويجري ذلك فيما لو أخذ رهنًا بحصته وتلف الرهن في يده؛ لأنه يكون مستوفيًا دينه حكمًا فيحق لشريكه أن يضمنه ما أصاب حصته أو أن يتبع المدين.

﴿ (مادة ١٨١) إذا أخذ أحدُ رَبِّي الدين من المديون كفيلًا بحصته منه أو أحاله المديون بها على أخر أحد الله المديون بها على أخر المحتال عليه "".

لعله قد اتضح الآن أن للدائن في الدين المشترك أن يطالب المدين بحصته من الدين، وأن يستوثق بدينه بأخذ كفيل بهذه الحصة أو بالاتفاق معه على إحالته لمن يأخذ منه هذه الحصة، وأن للشريك الساكت عندما يحصل الآخر على شيء من هذه الحصة، عن طريق الكفيل أو المحال عليه أو الأصيل أن يشاركه فيما استوفاه من حصته أو أن يتبع المديون.

وتنطابق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٤٢١) مدني أردني، ولفظها: « إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلًا بعصته في الدين المشترك أو أحاله المدين على آخر فللشركاء أن يشاركره بحصصهم في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه ».

(مادة ۱۸۲) إذا استأجر أحد الشريكين من المدبون شيئًا مدة معينة بحصته من الدين صار
 قابضًا لها ولشريكه الخيار في الرجوع عليه بما أصاب حصته وفي اتباع المديون^(٣).

تقدم أن القاعدة العامة في الدين المشترك أن للدائن أن يطالب المدين بحصته من الدين وأن تستوفى فيه هذه الحصة، وأن ما يقبضه من هذه الحصة لا يسلم له وحده، وإنما يحق لسائر الشركاء أن يطالبوا بنصيبهم فيما قبضه من حصته أو يتركوه له، ويتبعوا المدين بمطالبته بالوفاء بحقوقهم؛ ولذا لو استوفى حصته باستنجاره شيئًا معينًا من أموال المدين تعلق حق

⁽١) يستفاد حكمها من الفتاوي الهندية، جزء ثان نمرة : ٢٩٠.

⁽٢) يستفاد حكمها من الفتاوي الهندية، جزء ثانٌ نمرة : ٢٩٠، ومن ابن عابدين نمرة : ٣٧٥.

⁽٣) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة : ٦٦٣.

الشريك في الدين بما استوفاه من بدل الأجرة، وحق له أن يطالب بأخذ نصيبه مما استوفاه أو يتركه له ويتبع المدين، وينطبق ذلك على ما لو اشترى شيئًا من أموال المدين، وذهب ثمن ما اشتراه قصاصًا في حصته من الدين، فيحق لشريكه أن يطالبه بنصيبه فيما استوفاه.

وهو ما جاء في المادة (٢٢٣) مدني أردني، ولفظها: « إذا اشترى أحد الشركاء بنصيبه في دين مشترك مالاً من المدين فللشركاء أن يضمنوا ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه أو أن يرجموا بحصصهم على المدين، ولهم أن يشاركوه ما اشتراه إذا اتفقوا على ذلك ».

♦ (مادة ١٨٣) إذا صالح آحد رَبِّي الدين المديون عن نصفه الذي هو نصيه فإن كان بدل الصبح من جنس الدين فالشريك مخير إن شاء شاركه في المقبوض وأخذ نصفه وإن شاء المحلح من جنس الدين فالشريك بالخيار أيضًا في اتبًاع المديون أو الشريك المصالح، وللمصالح في هذه الصورة الخيار إن شاء سلم إليه نصف المقبوض وإن شاء دفع إليه ربع الدين(١٠٠).

القاعدة العامة في الدين المشترك - كما تقدم - أن للدائن أن يطالب المدين بحصته من هذا الدين، وأن يعمل على التوثق لهذه الحصة بكفالة أو حوالة أو رهن، أو أن يستوفيها بجنسها أو بالمصالحة عليها أو بالمقاصة بثمن في عقد بيع أو بدل إجارة أو دين له على آخر أو ما إلى ذلك.

وقد تقدم كذلك أنه إذا صارت هذه التصرفات إلى استيفاء حصته أو شيء منها فإن للشريك أن يأخذ نصيبه فيما استوفاه.

وقد جاء في هذه المادة حكم الصلح الذي يتفق عليه الدائن مع المدين في حصته من الدين المشترك وأن له ذلك، مع الاحتفاظ بحق شريكه في الرجوع عليه بنصيبه في بدل الصلح الذي قبضه، وهو ما جاء كذلك بنصه في المادة (٤٢٤) من القانون المدني الأردني، ولفظها: ﴿ يجوز لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يصالح عن حصته فيه، فإن كان بدل الصلح من جنس المدين جاز للباقين أن يشاركوه في المقبوض أو أن يتبعوا المدين. وإن كان بدل الصلح من غير جنس الدين جاز لهم أن يتبعوا المدين أو الشريك المصالح، وللمصالح أن يدفع لهم نصيبهم في المقبوض أو نصيبهم في الدين ٤٠.

⁽١) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة : ٦٦٣.

♠ (مادة ۱۸۶): إذا كان للمديون على أحد شريكي الدين المطلوب منه دين خاص به ثابت
له قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصًا به فليس لشريكه أن يرجع بشيء من
حصته٬٬٠
.

...

(مادة ۱۸۰) إذا حدث للمديون على أحد شريكي الدين المطلوب منه دين وثبت له ذلك
 بعد وجوب دينهما عليه وصار دينه قصاصًا فلشريكه الحق في الرجوع عليه بحصته منه (").

إذا استوفى أحد الدائين حصته في الدين المشترك قصاصًا بما عليه من دين للمدين فلبس لشريكه في الدين أن يرجع عليه بشيء مما استوفاه قصاصًا؛ لأن جريان المقاصة بين ما كان عليه من دين وما ثبت له من حصة في الدين قد منع الاشتراك في الدين، فلا تثبت أحكام الاشتراك في الدين.

ويختلف ذلك عما لو نشأ الدين على أحد الشريكين بعد ثبوت حقه في الدين المشترك، فإن استيفاء، حقه بالمقاصة بعد قيام الشركة في الدين، فيشبت لشريكه الحق في مطالبته بأخذ نصيبه مما استوفاه؛ ولذلك فإنه لو كان اشترى يبتًا من أحد بألف ثم أتلف شبتًا بألفين، وهذا الشيء مملوك للمشتري وأخذه مناصفة، فقد وجب للمشتري ألف من ضمان التلف، فتجرى المقاصة بين الألف الواجب له بالإتلاف والألف الواجب عليه ثمن ما اشترى، ولا تقوم الشركة في الدين.

أما لو كانا أقرضاه ألفين، أو باعاه منزلاً بالفين، ثم اشترى منه أحدهما شيئاً بالنف فإنه يعد مستوفيًا لحقه بالمقاصة بين ما عليه وما ثبت له من حصته في الدين المشترك بعد قيام الشركة، فتسرى على هذا الاستيفاء أحكام الاشتراك في الدين.

والمقاصة: إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه، وذلك بأن تشغل ذمة الدائن بمثل ماله على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء، فعندئذ تقع المقاصة ويسقط الدينان إذا كانا متساويين في المقدار، فإن تفاوتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة فتكون المقاصة في القدر المشترك، ويبقى أحدهما مدينًا للآخر بما زاد.

⁽١، ٢) يستفاد حكمهما من الدر، جزء رابع نمرة : ٦٦٣، ومن الفتاوي الهندية، جزء ثان نمرة : ٢٨٩.

(مادة ١٨٦٦) إذا مات المديون وكان أحد الشريكين وارثًا له وترك مالًا ليس فيه وفاء
 لدينهما فإنهما يشتر كان فيه على حسب حصة كما منهما (١٠).

يسقط الدين في أحكام الدنيا كُلَّا أو بعضًا إذا مات المدين ولم يترك وفاء بما عليه كله أو بعضه ""، سواء كان الدين مشتركًا أو غير مشترك؛ ولهذا فإنه لو مات المدين دينًا مشتركًا أو غير مشترك ولم يترك وفاء بما عليه، فإن الدين يسقط لعدم الفائدة في الحكم ببقائه، ولو ترك شبئًا يفي بعض ما عليه من دين مشترك، فإن الشركاء يتحاصون في قيمته بقدر أنصبائهم، ويسقط ما بغى لعدم الفائدة في إيقائه.

■ (مادة ۱۸۷) إذا كان الدين المشترك مورونًا فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة
شريكه بلا إذن وله أن يؤجل حصته (٧٠).

القاعدة العامة: أنه لا حق للشريك في التصرف في حصة شريكه، ويُجرى هذا على الاشتراك في الدين؛ حيث لا يحق لأحد الشركاء التصرف بتأجيل الدين نيابة عن سائر الشركاء، بحكم أن التصرف في ملك الغير باطل إلا بإذن من هذا الغير أو بولاية عليه. لكن يجوز له أن يؤجل حصته هو دون توقف على إذن شركائه، لأنه يتصرف في حصة نفسه.

وقد جاء في القانون المدني الأردني النص على ذلك، فقد جاء في المادة (٤٢٥) أنه:

١ - ٤ لا يجوز لأحد الشركاء في دين مشترك تأجيله وحده دون موافقة الباقين على هذا
 التأحما.

٢- ويجوز له أن يؤجل حصته دون موافقة الباقين.

وفي هذه الحالة ليس له أن يشاركهم فيما يقبضون من الدين ».

وتفترق مادة المرشد المذكورة عما جاء في القانون المدني الأردني في ورودها مخصوصة بحالة الاشتراك في الدين الناشئ عن الإرث، أما القانون الأردني فيتناول حكم تأجيل أحد الشركاء الدين المشترك ويمنع ذلك بوجه العموم مع إجازة حق الدائن في تأجيل حصته وحدها، حتى لايشترك مع سائر الشركاء فيما يقبضون من الدين.

 ⁽۱) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثان نمرة: ۲۹۰.

⁽٢) رد المحتار : ٤/ ٢٧٠.

⁽٣) يستفاد حكمها من الفتاوي الهندية جزء رابع نعرة : ٢١٦.

♦ (عادة ١٨٨١) إذا كان الدين المشترك واجبًا بإدانة أحد الشريكين في شركة عنان فإن أجله الذي باشر الإدانة صح تأجيله في جميع الدين وإن أجله الذي لم يباشر الإدانة فلا يصح تأجيله في حصة ولا في حصة شريكه بالأولوية.

فإن كان الشريكان متفاوضين فأيهما أجَّل الدين المشترك بينهما صح تأجيله(١).

تناولت المادة السابقة من المرشد حكم تأجيل أحد الشركاء حصته في الدين المشترك الذي نشأ الاشتراك فيه بسبب الإرث، وبينت جواز ذلك لحق الشريك في التصوف في حصته، أما هذه المادة الواردة على تأجيل الدين المشترك في شركة عنان أو مفاوضة فتغرق بين نوعي الشركتين المذكورتين وتجيز تأجيل الدين في شركة المفاوضة من قِبَلِ أيَّ من الشركاء، سواء كان هو الذي باشر الإدانة أو غيره الذي لم يباشرها، على حين تمنع هذه المادة الشريك الذي لم يباشر الإدانة في شركة العنان من التصرف بتأجيل الدين أو تأجيل حصته هو أو حصة شريكه، وتجيز هذه المادة تأجيل شريك العنان الذي باشر الإدانة الديز، كلَّه، أي حصته وحصة شريكه.

وإنما صح تأجيل الدين في المفاوضة من قبل أيَّ من الشريكين؛ لأن تصرف المفاوض نافذ عليه وعلى شريكه في كل ما يعود على الشركة بالنفع، سواء كان من أعمال التجارة أو من غيرها. أما التفريق في شركة العنان بين من يتولى الإدانة وغيره فيستند في المذهب الحنفي إلى أن حقوق العقد الذي يتولاه أحد الشريكين قاصرة عليه؛ لأنه ما دام الغرض ألا كفالة فإن حقوق العقد إنما تكون للعاقد، فإذا باع أحدهما شيئًا من مال الشركة أو أجره فهو الذي يقبض الثمن أو الأجرة، وإذا كان الثمن نسبئة فهو الذي يتولى المطالبة به والخصومة عند الخلاف، وهو الذي يقيم البيئة أو تقام عليه، وكذلك لو اشترى أحدهما شيئًا للشركة أو استأجره فإنه دون شريكه هو الذي تتوجه عليه المطالبة بالثمن أو الأجرة، وهو الذي يطالب بالتسليم ويتولى القبض، ونفعُ الخصومة في ذلك له وعليه، فهذا هو الذي يوضح وجه التفريق بين حق الشريك الذي تولى الإدانة في تأجيل الدين ومنع الأخر الذي لم يتول الإدانة من تأجيل الدين أو تأجيل حصته أو حصة شريكه.

...

 ⁽۱) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء رابع: ۲۱٦.

♦ (مادة ١٨٩) إذا كان الدين المشترك واجبًا بعقد قرض فلا يجوز للشريك الذي باشر العقد لا للشريك الذي باشر العقد لا للشريك الآخر أن يؤجله وإن أجله أحدهما فلا يلزم تأجيله ولكلٌّ منهما اقتضاؤه حالًا".

تمنع هذه المادة تأجيل الدين المشترك إذا نشأ الاشتراك في الدين عن عقد قرض؛ ولذا فإنهما لو اتفقا على إقراض شخص قدرًا من المال لم يكن لأيَّ منهما أن يؤجل، وإن أجَّل لم يلزم تأجيله؛ لأنه صفقة واحدة فلا تنفرق، ولو أجزنا تأجيل أحدهما حقه لتضمن ذلك معنى القسمة بإفراز حقه وتعبيزه دون موافقة الآخر.

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في حكم تأجيل الدين المشترك، فذهب أبو حنيفة إلى أن تأجيل أحد الشريكين حصته في الدين المشترك لغو؛ إذ يتضمن تأجيل الحصة معنى القسمة وصفًا وحكمًا لامتناع المطالبة بالمؤجل دون الحال الذي تتجه إليه المطالبة؛ ولذا فإن ما يقبضه أحد الدائين يكون شركة ويأخذ منه نصيبه. وهذا الرأي هو ما أخذت به المادة بالمادة الدين المجلة؛ فقد نصت على أنه: ليس لأحد الدائين أن يؤجل الدين المشترك؛ لأنه بلا إذن الأخر. ويستفاد من هذا النص أنه لا يجوز تأجيل أحد الشركاء الدين المشترك؛ لأنه تصرف في حق الغير بلا إذن، وليس له تأجيل بعض الدين المشترك، أي حصته، لأنه لو جاز هذا التأجيل ألزم تقسيم الدين قبل القبض.

أما أبو يوسف - وهو رواية عن محمد - فقد ذهب إلى جواز تأجيل أحد الدائنين حصته، فتمتنع مطالبته بهذه الحصة، فإن أجل أحدهما نصيبه استقل القابض بما قبض خلال الأجل إلى أن يحل؛ لأن الأجل يمنع المطالبة، وإنما يصح التأجيل؛ لأن تصرف الإنسان في خالص ملكه صحيح، فينفذ قياسًا على الإيراء، فإن جاز له إسقاط حقه وإيراء مدينه منه فلأن يصح تأجيله أولى، لكن إذا حلَّ الأجل صح له أن يطالب، فإن كان الشريك قبض شيئًا خلال الأجل صحَّ له أن يرجع عليه بحصته فيه إن كانت باقية، وإلا ضمنه إياها. وهذا هو الأقرب . إلى ما أخذت به المادة (٢٥ ٪) من القانون المدني الأردني، وما أخذت به المادة (١٨٨) من المرشد، وإن كانت هذه المادة قد قصرت الحق في التأجيل على المال الموروث دون القرض الذي منعت المادة (١٨٥) من تأجيله.

...

الفَضِلُالثَّانِیْ

فى الدين المضمون

 (مادة ۱۹۰) إذا كان على عدة أشخاص دين، وكان كلِّ منهم كفيلًا بجميعه عن أصحابه فللغريم أن يطالب به من شاء منهم.

ومطالبته لأحد منهم لا تمنعه من مطالبة الأخرين فإن دفع أحد منهم الدين بتمامه برئ الآخرون وللدافع الرجوع على أصحابه بما دفعه زائدًا على ما هو واجب عليه إن كانت الكفالة بأمرهم وإذا كان أحد منهم معسرًا فلا يُلزَمُ الآخرين شيءٌ من حصته ``.

تتناول المواد (۱۹۰ – ۱۹۶) الوجه الآخر من تعدد طرفي الالتزام، وهو الذي يتعلق بالتضامن بين المدينين، وذلك بعد أن تناولت المواد السابقة (۱۲۹ – ۱۸۹) الوجه المقابل من هذا التعدد، وهو الخاص بالاشتراك في الدين، مما يظهر أن الفقه الإسلامي قد عرف نظام المدينين المتضامنين إلى جانب نظام الاشتراك في الدين.

وتوضح المادة (۱۹۰) صورة التضامن بين المدينين الناشئة عن الاتفاق بينهم بموجب كفالة كل منهم للآخر، وتتضمن هذه الصورة تعدد المدينين واتفاقهم على كفالة الدين. وحكم هذا النوع من التضامن بين الدائنين حق الدائن في مطالبة أي من الغرماء أو كلهم، ولو طالب أحدهم كان له أن يطالب غيره من سائر المدينين بالدين كله. ولو دفع أحدهم حصته وحصة غيره من الدين كان له أن يرجع على الآخرين بحصتهم في الدين.

وقد تناولت المواد (٤٣٦ – ٤٤٠) من القانون المدني الأردني أحكام التضامن بين المدينين على نحو لا يخرج عما ورد في المواد (١٩٤، ١٩٤) من المرشد.

 (هادة ۱۹۱) إذا كان للمديون كفيل بالدين المطلوب منه فللدائن عند حلول أجل الدين مطالبة أيهما شاء من الأصيل أو الكفيل وله مطالبة كليهما جميعًا

تصح كفالة المدينين المتضامنين بناء على صحة تعدد الكفلاء في الفقه، ومعناه: أنه إذا كفل

⁽۱) يستفاد حكمها من التنوير في الدين المضمون، جزء خامس نمرة: ٣٩٦، ومن الفتاوى الهندية، جزء ثالث نمرة: ٣٣٣. (٢) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثالث نمرة: ٣٢٩، ومن حاشية أن السعود، جزء ثالث نمرة: ٩.

أحد مدينًا فإنه يجوز أن يكفل آخرٌ هذا الكفيل، ويصح للدائن المكفول له أن يطالب الأصيل والكفيل والكفيل الآخر بالدين كله، ويكون الكفيل الأول بالنسبة للكفيل الثاني كالأصيل بالنسبة للكفيل المنفرد؛ لأن كل واحد منهم كفيل بكل الدين فلا يؤثر في ضمانه أن يضمنه غيره. ولا فرق في تعدد الكفلاء بين أن تكون كفالتهم على التعاقب أو تكون هذه الكفالة في عقد واحد عند المالكية، وفي قول للشافعية بخلاف الأحناف الذين فرقوا بين تعدد الكفلاء في عقد واحد وبين تعددهم على التعاقب طبقًا لما توضحه المادتان التاليتان من المرشد.

♦ (مادة ١٩٢) إذا كان على أحد دينٌ كَفَلَةُ عنه كفيلان أو أكثر كفالة متعاقبة بأن كفل كل منهم جميع الدين منفردًا بدون أن يكفل أحد منهم عن صاحبه فللدائن أن يطالب بدينه كُلًا من الأصيل والكفلاء فإن دفعه أحدهم برئ الآخرون، وليس للدافع من الكفلاء أن يرجع بشيء مما دفعه على أصحابه، وإنما يكون له الرجوع على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره (١٠).

توضح هذه الكفالة حكم تعاقب الكفلاء الذين يكفل كل منهم للدائن الدين كله، وأنه يحق للدائن الدين كله، وأنه يحق للدائن أن يطالب الأصبل وأيًّا من الكفلاء بالدين كله، ويبرأ الجعيم من مطالبة الدائن إذا أدًّاه أحدهم إليه، ولا يرجع الذي أدَّى الدين على سائر الكفلاء بما أداه، وإنما يرجع على الأصبل إذا كانت الكفالة بأمره، فإن أدى الدين بغير أمر الأصبل - كماجاء في المادة - لم تكن هناك كفالة، وكان المودى متبرعًا فيما أداه، ولهذا فإن التضامن بين المدينين لا ينشأ إلا باتفاقهم أو بحكم شرعي، كما هو الحال في شركة المفاوضة في الفقة الإسلامي، وهو ما قد تشير إليه المادة (٢٦٤) مدني أردني، ونصها: "لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون». وقد جاءت المادتان (٤٢٨ - ٤٤١) مدني أردني بالأحكام المترتبة على وفاء أحد المدينين المدينين بالدين، ونصهما:

المادة (٤٢٧) * إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدينَ بتمامه برئ الآخرون ». المادة (٤٢٨)

١ - « للدائن أن يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين أو بعضهم مراعيًا ما يلحق علاقته
 بكل مدين من وصف يؤثر في الدين.

 ⁽١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نعرة : ٣٩٧، ومن الهندية في التضامن، نمرة : ٣٣٤، ومنها جزء ثالث نمرة : ٢٢٩، ومن الحامدية، جزء أول نمرة : ٣٨٧.

 ولكل مدين أن يعترض عند مطالبته بالوفاء بأوجه الاعتراض الخاصة به أو المشتركة بين المدينين فحسب ».

وهو ما جاءت به المواد (۲۸۵) مدني مصري، (۳۲۱) عراقي، (۳٤٦) كويتي، والمادة (۲۷۲) مشروع مدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن الفقه الإسلامي يعرف نظام التضامن بين المدينين الذي يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة، ولو نشأ الدين من غير أعمال التجارة، ما دام ذا صبغة مالية، ويقوم كذلك في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل، وهم أيضًا مدينون متضامنون بالتعويض المستحق في حالة هلاك الشيء المسلم لهم، ولو كان الهلاك منسوبًا لخطأ أحدهم دون الأخرين، وهناك أيضًا تضامن اتفاقي بين المدينين، فإذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد، وكان محله واحدًا، وتعدد المدينون وكفل بعضهم بعضًا كانوا جميمًا مدينين متضامنين.

والتضامن بين المدينين، سواء كان اتفاقياً أو قانونياً (في شركتي المفاوضة والعنان) يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين، ومن ثم فأحكام الكفالة هي التي تسري، ويجوز للدائن أن يرجع على أي مدين بكل الدين بصفته أصيلاً عن نفسه وكفيلاً للمدينين الآخرين، وكذلك يجوز لأي مدين أن يفي الدائن بالدين كله بصفته أصيلاً وكفيلاً. وإذا الأخرين، كفيل إذا كانت الكفالة وفي أحد المدينين بالدين كله للدائن رجع على المدينين الآخرين ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم وله أن يرجع على كل منهم بحصته بأمرهم وله أن يرجع على أي منهم بحصته وينصبيه في حصص الآخرين، ثم يرجعان مما بالباقي على سائر المدينين. ويتبين من هذا كله أن الكفالة هي التي جعلت أسائل للتضامن السلبي في الفقه الإسلامي (10).

...

 (مادة ۱۹۳) إذا كان للمديون كفيلان أو أكثر كفلوا عنه الدين ممًا في عقد واحد فللغريم أن يطالب كل واحد من الكفيلين بنصف الدين، حتى لو كانوا ثلاثة يطالب كل واحد منهم نثلث الدير، لا محميه ٬٬٬۰

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

 ...

إذا تعدد الكفلاء بالدين في عقد واحد فإن الدين ينقسم عليهم بحسب رؤوسهم في المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي وفي قول عند الشافعية؛ لأن الضامن للدين

⁽١) الوسيط، عبد الرزاق السنهوري: ٣٠ / ٣٥ وما بعدها، والنظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية : ٣٠٣ -٢٧٨، وانظر كذلك: بدائم الصنائع، ١٠/١ وما بعدها وحاشية ابن عابدين : ٢٨٦/٤.

⁽٢) يستفاد حكمها من شرح الدر في التضامن، نمرة : ٣٩٧، ومن الحامدية جزء أول نمرة : ٢٩١.

مجموعهم فصاروا في ضمانه شركاء، والمكفول به يقبل الانقسام فوجب أن يقسم عليهم بحسب رؤوسهم. والقول الآخر في المذهب الشافعي: أن كل واحد منهم يكفل الدين كله، ولا قوق طبقًا لهذا القول بين ضمان الكفلاء في عقد واحد أو على التعاقب؛ حيث يضمن الكفير الدين كله في الحالين "!

ويتفق ما ذهب إليه الجمهور مع ما أخذت به القوانين المدنية العربية؛ فالمادة (٧٩٢) مدنى مصري تنص على أنه:

 ١ = « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم و لا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

 ٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولًا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ٣.

وهو ما جاء كذلك في المواد (٩٧٤) أردني، (١٠٢٤) عراقي، (٧٥٩) كويتي.

وفي المادة (٦٤٧) من المجلة العدلية أنه « لو كان لدين كفلاء متعددون فإن كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين، وإن كانوا قد كفلوا ممّا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين، ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين ».

وفي المادة (٢٦١) من مشروع تقين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن * تعدد الكفيل بالمال جميعه على التعاقب جائز، ويكون كل منهما مطالبًا بالدين جميعه، وما أداه أحدهما لا يرجع بشيء منه على الكفيل الآخر. أما إذا كفل كل من الكفيلين صاحبه بجميع الدين وبأمره، فما أداه أحدهما رجع بنصفه على شريكه إن شاء ثم يرجعان على الأصيل، أو يرجع بالكل على الأصيل دون شريكه ٤.

وفي المادة (٣٣٩) من مشروع تقين الشريعة على مذهب مالك أنه 1 إذا تعدد الحملاء لذين واحد واستقل كل واحد منهم بضمانه فللدائن أن يأخذ جميع دينه من أي واحد منهم ولو تيسر أخذه من غيره، وليس لمن أخذ منه الذين أن يرجع بشيء منه على غيره من الحملاء. وإن لم يستقل كل واحد بالضمان واشترط الدائن عليهم حمالة بعضهم عن بعض فله أخذ جميع الدين من أي واحد منهم إن تعذر الأخذ من غيره، ويرجع المأخوذ منه على غيره من

⁽١) الموسوعة الفقهية : ٣٤٠/ ٣٠، وفتح القدير : ٢/ ٣٦٨، وحاشية الدسوقي : ٣٤٢/٣، ونهاية المعتاج : ٤/ ٤٤٤. والمغنى : ٥/ ٩٠.

الحملاء، فإن لم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض أو تعذر الأخذ من الجميع فإنه يأخذ من كل واحد ما يخصه فقط من قسمة الدين على عددهم ١٠٠٠.

♦ (مادة ١٩٤) إذا تعدد الكفلاء بدين كفلوه لصاحبه على التعاقب في عقود متفرقة، ثم كفل كل منهم عن صاحبه وضمن جميع الدين الذي التزم به، فللغريم مطالبة كل منهم بجميع الدين، فإن أداه أحدهم برئ الآخرون ويرجع المؤدي على أصحابه بحصتهم حتى لو كانوا ثلاثة يرجع على الكفيلين⁽⁷⁾ الآخرين بالثلثين وهذا إذا ظفر بهما، فإن ظفر بأحدهما يرجع عليه بالنصف ثم يرجعان على الثالث بالثلث ثم يرجعون جميمًا على الأصبل بكل الدين، وإن ظفر المؤدي بالأصبل بكل الدين،

إذا تعدد الكفلاء للمدين على التعاقب في عقو دمتفرقة مع الاتفاق على التضامن فيما بينهم، فإن كلَّا منهم يضمن اللَّين جميعه، وللغريم مطالبة أيهم بالدين، فأيهم أداه يبرأ الآخرون من المطالبة بالأداء إلى الدائن، لكن الكفيل الذي أذّى الدين كله يحق له الرجوع على الكفلاء المتضامنين معه بحصصهم، فإن كانوا ثلاثة رجع على كل واحد منهم بالثلث، وإن كانوا أربعة رجع على كلَّ منهم بالربع، إلا إذا تعذر الرجوع على أحدهم لفيابه أو عدم معرفة محل إقامته أو غير ذلك فإن الآخرين يتحملون حصته إلى أن تنغير حاله. وإنما كان للكفيل الذي أدى الدين الحق في الرجوع على الكفلاء الآخرين في هذا النوع من الكفالة المتعاقبة؛ لاتفاقهم على التضامن فيما بينهم. أما لو تعدد الكفلاء في كفالة متعاقبة بأنْ كَفَلَ كُلُ واحد منهم المدين دون اتفاقهم على التضامن فيما بينهم فإن علاقتهم تكون مع المدين وحده، فأيهم أذى الدين لا يرجع به على الكفلاء الآخرين، وإنما يرجع به على المدين الأصيل وحده، وهذا هو ما اتضح في شرح المادة (١٩٢) السابقة الذكر.

ويتفق ما جاء في المادة (١٩٤٤) مع ما جاء في المادة (٧٥٥) مدني أردني، ونصها: ﴿ إِذَا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفَّى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل الباقين بحصته في الدين وينصيبه في حصة المعسر منهم ».

وتتناول التشريعات العربية المدنية العديد من أحكام التضامن بين المدينين على نحو

⁽١) شرح مجموع الأمير : ١٦٩/٢.

⁽٢) في طبعة دار الفرجاني (الكليفين) والمثبت هو الصحيح.

⁽٣) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٣٩٧، ومن الهندية، جزء ثالث نمرة : ٣٣٤.

٧٤ --- المداينات والعقود والأمانات والضمانات

أكثر تفصيلاً مما أورده المرشد، وإن انفقت هذه التشريعات فيما أوردته من تفصيلات بشأن التضامن بين المدينين مع الأسس العامة للفقه الإسلامي؛ فالقانون المدني الأردني على سبيل المثال يورد في المواد (٤٢٩ - ٤٤٠) أحكام المديد من الفروع المتعلقة بمفهوم الشفامن بين المدينين. وسأنقل فيما يلي ما ورد في هذه المواد مع مذكرتها الإيضاحية توضيحًا لهذا المفهوم.

الْبَابُالثَّانِيْ



في وفاء الدين والمقاصة والإبراء عن الدين وتجديد عقده وغير ذلك

الغَصِٰ لُ الْأُوْلُ

في وفاء الدين

● (مادة ١٩٥٥) تقضى الديون بإيفائها نقذا أو قصاصًا، أو بإبراء الغريم ذمة المديون، أو بإحالة الدين ونقله من ذمة المدين إلى ذمة غيره، أو بتجديد عقد الدين، أو بفسخ العقد المترتب عليه الالتزام، ولا تصمع دعوى الدين على المدين بعد مضي خمس عشرة سنة بلا عذر وإن لم يسقط الحق بمرور الزمان\(^\).

نتناول هذه المادة أوجه الوفاء بالدين التي قد تكون بإحدى الوسائل التالية:

١ - إيفاء الدين نقدًا إذا كان محل الوفاء نقدًا معينًا معلومًا. والقاعدة أن يكون الوفاء بالشيء المستحق أصلًا، فلا يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير حقه، ولو كان هذا الشيء مساوكًا له(١).

٢ - المقاصة، وهي أيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه، وهذا هو تعريفها
 طبقًا لما جاء في المادة (٣٤٢) مدني أردني.

٣ - إبراء الغريم ذمة المديون مِن حق له عليه، وينقضي الدين بهذا الإبراء إذا كان مختارًا
 واجتمعت فيه شروط أهلية التبرع. وقد تناولت المواد (٤٤٤ - ٤٤٤) مدني أردني، أحكام الابراء.

٤ - إحالة الدين ونقله من ذمة المدين إلى ذمة غيره. وقد جاء تعريف الحوالة وبسط أحكامها في المواد (٩٩٣ - ١٠١٧) من القانون المدني الأردني مع ما يقابلها في غيره من القوانين المدنية العربية، وهو ما سنتعرض له في حينه.

٥ - تجديد عقد الدين، وهو ما أوضحت أحكامه المادة (٣٥٢) مدني مصري.

٦ - فسخ العقد المترتب عليه الالتزام، فيما يطلق عليه: الإقالة.

٧ - مرور الزمان المتقدر طبقًا لما جاه في هذه المادة بمضي خمس عشرة سنة دون عذر معتبر، يقطع مرور هذه المدة التي لا تسمح دعوى الدين بمضيها وإن لم يسقط الحق بمجرد انقضاء هذه المدة، حتى لو أقر المدين بالدين بعد مرور المدة المذكورة وجب عليه أداؤه.

وسنوافي شرح أوجه الوفاء بالدين التي أجملتها هذه المادة مع المقارنة بالقوانين المدنية. العربية الحديثة، طبقاً للخطة التي سار عليها المرشد في المواد التالية.

 (مادة ١٩٦٦) يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل أو من شريكه إن كان الدين مشتركًا(١٠).

يتحقق الوفاء فيما حددته هذه المادة إذا قام به الأصيل الذي عليه الحق نفسه أو كفيله أو شريكه إذا كان الدين مشتركًا؛ وذلك لأن كلًّا من كفيله أو شريكه مطالب بهذا الوفاء، ولو امتنع الدائن من قبول الحق الذي يوديه؛ أي من هؤلاء، يكون متعتنًا، فيسأل عما يترتب على هذا التعنت من ضرر، طبقًا لقواعد الفقه الإسلامي العامة التي تنفي الضرر، وتعتبر التسبب فيه موجبًا للضمان، وإنما جاز الوفاء من الكفيل والشريك في الدين؛ لأن لهما مصلحة في الوفاء بالدين، وهو انقطاع المطالبة به عنهما.

وقد تعرضت المادة (٣١٧) مدنى أردني لهذا المعنى، ونصها:

١ - ٤ يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء.

٢ – ويصح أيضًا ممن لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره على أنه يجوز
 للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن اعتراضه ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه:

١ - ١ يصح الوفاء من المدين نفسه أو ممن ينوب عنه نيابة قانونية أو اتفاقية، كالوصي
 والوكيل. على أن للدائن أن يستلزم الوفاء من المدين نفسه إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك.

٢ - ويصح الوفاء أيضًا من كل ذي مصلحة فيه كالكفيل والمدين المتضامن.

٣ - ويصح كذلك ممن ليست له مصلحة فيه، كما هي الحال فيمن يقوم بقضاء الدين عن المدين تفضلاً، ولو على غير علم منه. بل وللغير أن يقوم بالوفاء رغم ممانعة المدين، وفي هذه الحالة لا تكون له صفة الفضولي ويلزم الدائن قبول الوفاء من الغير في هذه الأحوال

⁽١) يستفاد حكمها من الخانية، نمرة: ٥٨.

جميمًا. ولا يمتنع هذا الالتزام إلا حيث يعترض كل من الدائن والمدين معًا على الوفاء من غير ذي مصلحة فيه. ولا يكفي في ذلك اعتراض أحدهما استقلالًا. فإذا اعترض المدين على الوفاء جاز للدائن رغم ذلك أن يقبله. وإذا اعترض الدائن وحده كان للغير أن يلزمه بقبوله ما دام أن المدين لم يقم بإبلاغ اعتراضه ».

وتتفق هذه المادة مع (٣٢٣) مدني مصري، (٣٧٥) عراقي، (٣٩١) كويتي.

♦ (مادة ١٩٧) يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره (١٠٠٠ تستكمل هذه المادة ما جاه في سابقتها فتبين صحة الوفاء بالدين من غير المدين الذي ليست له مصلحة في الوفاء به سواء كان ذلك بأمر المدين أو بغير أمره. وهذا هو ما نصت عليه القوانين المدنية العربية طبقًا لها سبقت الإشارة إليه في شرح المادة السابقة.

(مادة ۱۹۸) من قام عن غيره بواجب عليه من الواجبات الدنيوية كما إذا قضى دينه بأمره أو أنفق من مال نفسه على عبال غيره ومن تلزمه نفقتهم بأمره رجع على الآمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترطه (**).

يضاف فعل المأمور إلى الأمر، فيرا الآمر بدفع دين المأمور إلى دافعه، ويرجع المأمور على الأمر بما دفعه وبما تحمله من مغارم في أداء ما عليه من ديون، وتقيم هذه المادة * فضاء دين الغير * سببًا من أسباب الالتزام وإنشاء الديون باعتباره فرعًا من فروع الاثراء على حساب الغير، أو الكسب بلا سبب أو الإثراء بلا سبب، والقاعدة العافة التي نصت عليها المادة الغير، أو الكسب مصري (٣٤٣ع عراقي، ٢٦٢ كويتي، ٣٩٤، ٣٩٤ أردني) أن كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض معمز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائمًا ولو زال الإثراء فيما بعد. ومستند هذه القاعدة وله ﷺ: * لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبًا ولا جادًا، ***)، وقوله ﷺ: * المناهد من المعبد المعدن على البد ما أخذت حتى تؤدي * (٤٠)، وكذا القاعدة الفقية المنصوص عليها في المادة (٧٧).

⁽١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية، جزء ثان نمرة: ٢٢٩.

⁽٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء ثان نمرة: ٩٢٨، وجزء رابع نمرة: ٣٩٤.

⁽٣) سنن أبي داود: ٤/ ٣٠١ برقم (٥٠٠٣).

⁽٤) سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٦ برقم (٣٥٦١)، نيل الأوطار للشوكاني: ٦/ ٤٠، ٦٢.

ويترتب على هذه القاعدة أن من قام بالوفاه بدين أو واجب على غيره، كما إذا قضى دين هذا الغير بامره أو أنفق على من تلزم هذا الغير نفقته بأمره، فإنه يرجع على هذا الغير بما أنفقه، سواء اشتر ط الرجوع عليه أم لم يشترطه، وهذا هو ما نصت عليه المادة (٣٠٩) مدني أردني، ولفظها: * من أوفى دين غيره بأمره كان له الرجوع على الأمر بما أداه عنه، وقام مقام الدائن الأصلى في مطالبته به، سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط 4.

ويدخل تحته ما نصت عليه المادة (١٣٦٠) من المجلة العدلية في تعمير الملك المشترك إذا احتاج إلى هذا التعمير، وأذن له الحاكم في ذلك، فإنه يرجع على شريكه بحصته فيما أنفقه على تعمير الملك المشترك. وقد نص الكاساني على أنه إذا رهن الولي مال الصبي بدين نفسه وأدرك الولد، والرهن قائم عند المرتهن، وقضى الولد دين أبيه ليفك الرهن عن ماله لم يكن متبرعًا، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه؛ لأنه مضطر إلى قضاء الدين؛ حيث لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين فلم يكن متبرعًا، بل يكون مأمورًا بالقضاء من قبل الأب دلالة، فيرجع عليه بما قضاه الله، ومن وجد ضالة وأنفق عليها بأمر القاضي يكون متبرعًا،".

...

 (مادة ۱۹۹) من قضى مغارم غيره بأمره أو أدى عنه عوائد أو رسومًا مطلوبة منه بأمره أو كفل عنه لغريمه دينه بأمره ودفعه إليه فله الرجوع بما دفعه على الآمر ولو لم يشترط الرجوع علم (").

تتعلق هذه المادة بسابقتها في التغريع على قاعدة الإثراء على حساب الغير أو الكسب بلا سبب، وتفصّل بعض ما أجملته المادة السابقة من حكم عامَّ يقضي بأن قضاء دين الغير بأمره يوجب الرجوع عليه، سواه اشترطه أم لم يشترطه. وتنص المادة المذكورة على بعض صور الدين التي ينشئ التفضل بأدائها عن الغير حق من أداها في الرجوع على المدين، وتمثل هذه الصور في أن يكون الدين قد نشأ على سبيل التعويض الواجب عن غصب أو إتلاف أو أي نوع آخر من التعدي، ومنه أن يكون قد أدى عنه عوائد ملكه أو رسومًا واجبة علمه أو دينًا كفاه عنه وأداه.

ويدخل هذا كله تحت القاعدة القاضية بأن قضاء دين الغير بأمره يوجب الرجوع عليه،

⁽۱) بدائع الصنائع: ٦/ ١٢٦. (٢) السابق: ٦/ ٢٠٣.

⁽٣) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة: ٣٩١، ٣٩٢.

سواء اشترط ذلك الرجوع أم لم يشترطه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين قد نشأ بعقد بيم أو إجارة أو قرض أو بإتلاف، وبين أن يكون واجبًا لفرد أو لجهة حكومية، كما لو كان الدين عوائد أو رسومًا مفروضة من الدولة، وتندرج هذه القاعدة ضمن نظرية الإثراء بلا سبب التي تناولتها القوانين المدنية العربية الحديثة بين مصادر الالتزام بقدر غير قليل من التوسع، بخلاف القانون الإنجليزي الذي لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدرًا من مصادر الالتزام إلا في حدود ضيقة، وأوسع ما يعترف به في ذلك الالتزام الناشئ عن دفع غير المستحق بنوع من الغلط في أمر من أمور الواقع، كما لو أدت شركة من شركات التأمين تعويضًا لمن حصة تسر، أن قمتها أكثر من حقه(١٠).

والأمر في الفقه الإسلامي محل خلاف؛ فعلى حين ذهب البعض إلى أن الإثراء بلا سبب مصدر عام للالتزام في الفقه الإسلامي، فقد ذهب آخرون إلى أن الفقه الإسلامي لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدرًا للالتزام إلا في حالات محدودة. ويبني آخرون مفهوم الإثراء بلا سبب في الفقه الإسلامي في كونه مصدرًا للالتزام على أساس الضرر؛ لأن شرطه «افتقار» من نشأ الالتزام لصالحه، وهو ضرر يستوجب الرفع، لعدم استناده لسبب شرعي يرره ويوجب عدم تعويضه.

● (مادة ۲۰۰) إذا أمر أحد غيره بشراء شيء له أو بيناء داره من مال نفسه ففعل المأمور ذلك فله الرجوع على الآمر بثمن ما اشتراه له وبما صرفه على العمارة بأمره ولو لم يشترط الرجوع عليه".

لا تختلف هذه المادة عن سابقتها في تأكيد قاعدة أن قضاء دين الغير بامره يوجب الرجوع عليه، ويتعلق الفرع الوارد في هذه المادة بأن سبب نشوء الدين في ذمة المدين هو شراء شيء له أو بناء داره أو تعميرها ودفع نفقة ذلك من مال نفسه، ولا فرق بين أن يكون الدين قد نشأ بهذا السبب أو غيره مما أوضحته المادتان السابقتان في وجوب الرجوع على الآمر، سواء سبق اشتراط هذا الرجوع أو لم يشترط.

⁽١) مصادر الحق للسنهوري: ١/ ٥٥ وما بعدها.

⁽٢) يستفاد حكمها من الدر في التوكيل بالبيع والشراء نمرة: ٥٥٩، وفي الهبة: ٧١٢.

● (مادة ٢٠١) إذا أمر أحد غيره بأن يدفع عنه مبلغًا معلومًا إلى شخص معين، فإن كان المامور بالدفع صيرفيًّا أو شريكًا للآمر، أو خليطًا له بأن كان بينهما أخذ وعطاء أو مواضعة على أنه متى جاء رسوله أو وكيله بيبع له أو يقرضه ما يطلبه، أو كان المأمور في عبال الآمر أو يعال المأمور كولده أو والده أو زوجته أو ابن أخيه الذي في عباله أو خادمه ودفع ما أمر به - فله الرجوع بما دفعه على الآمر، سواء صرح في الأمر بأن يدفع قضاء عنه أو على أن ما بدفعه يكون دينًا له عليه أو يكون ضامنًا له أو لم يصرح بشيء من ذلك وسواء اشترط الضامن الرجوع عليه أو لم يشترطه (١).

تفرع هذه المادة عن القاعدة ذاتها التي تفرعت عنها المواد الثلاث السابقة، وهي أن قضاء دين الغير بأمره يوجب الرجوع عليه سواء اشترطه أو لم يشترطه. وإنما تأتي أهمية هذه المادة من إشارتها إلى الأعمال التجارية البارزة التي تمثل تطبيقات هذه القاعدة في المجتمعات الإسلامية، سواء في أعمال الصيارقة التي تشبه ما تقوم به البنوك في الوفاء بديون عملائها، أو في المشاركات أو وكالات أو ما يقوم به أفراد الأسرة من إيفاء لديون بعضهم البعض تيسيرًا لأعمالهم ويرًّا بهم بقطع المطالبة عنهم، خاصة في الأمور اليسيرة المتكررة كدفع يوجب الرجوع عليه سواء صرح باشتراطه أو لم يشترطه، كما تقدم. ولا حاجة إلى تأكيد أن يعترف به الفقه الإسلامي عصدرًا من مصادر الالتزام، وهو ما سبقت الإشارة إليه قبل قليل.

...

(مادة ٢٠٢) إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائنه والمأمور
 قد دفعه إليه أبضًا؛ فللمأمور أن يرجم بما دفعه على القابض لا على الآمر.

فإن أقام المأمور البينة على أنه أدى الدين بعد الآمر قبل أداء الآمر فله الرجوع بماله إن شاء علم , القابض , وإن شاء علم , الآمر ('').

يشترط لإيجاب رجوع المأمور على الآمر أن يكون المأمور قد تسبب بأدائه في إثراء الآمر، وذلك بأن يفي بما عليه من دين، أما لو أمره بالوفاء بما عليه من دين للغير ثم انقضت مدة اضطر الآمر أثناءها إلى الوفاء بالدين بنقسه، فإن ما يدفعه المأمور بعد ذلك لا يصادف

⁽١) يستفاد حكمها من الدر، جزء ثانٍ نمرة: ٩٢٨، وجزء رابع نمرة: ٣٧٦، ومن تنقيع الحامدية نمرة: ٢٨٦، ٢٨٧.

⁽٢) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة: ٣٧٧ ومن الأنقروية، جزء ثاني نمرة: ٥٠.

الدين الواجب على الآمر، فلا يكون قد تسبب في إثرائه فلا يرجع على الآمر، وإنما يرجع على مَنْ دفع إليه مالاً يستحقه، وهذا فرع آخر من فروع الإثراء بلا سبب، طبقًا لما سيأتي توضيحه عند شرح المادة (٢٠٧) مرشد.

ويلفت النظر هذا التشابة الواضح بين هذه المادة وما جاءت به المادة (٢٣٧) مدني عراقي، ونصها: ٩ إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى داتنه والمأمور قد دفعه إليه أيضًا؛ فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الآمر إن كان قد سبقه في قضاء الدين. وإن كان الآمر هو الذي قضى الدين أولاً؛ فللمأمور أن يرجع على القابض أو على الآمر ٤. ويتمثل الخلاف بين ما جاء في المرشد وفي القانون المدني العراقي: أنه إذا دفع المأمور الدين قبل الآمر فإن للمأمور الخيار في الرجوع على القابض أو الآمر طبقًا للمرشد، خلافًا للقانون المدني العراقي فإنه يرجع على الآمر وحده. أما إذا كان المأمور قد دفع الدين بعد قيام الآمر بدفعه فإنه لا يرجع على المأمور طبقًا للمرشد؛ وذلك لمخالفة الأمر بقضاء دينه الذي لم يعد قائمًا بعد وفاء الآمر الدين بنفسه، أما القانون المدني العراقي فيوجب تخيير المأمور في الرجوع على القابض أو على الآمر.

ومع ذلك فإن قاعدة « دفع غير المستحق » ستعطي الحق للمأمور في الأحوال كلها أن يرجم على القابض طبقًا لما سيأتي إيراده.

(مادة ۲۰۲) إذا لم يكن المأمور بالدفع صيرفيًّا ولا شريكًا للآمر ولا خليفًا له ولا هو في عياله ودفع ما أمر به، فإنما يرجع على الآمر بما دفعه إن كان قد صرح له في الأمر بأن يدفع عنه أو يقضي عنه، أو على أن يكون ما يدفعه دينًا عليه، أو صرح بأن يكون ضامئًا له ما يدفعه ويكون له في هذه الصورة حقُّ الرجوع بما دفعه على الآمر ولو لم يشترط الرجوع "عليه فإن أمره بالدفع أمرًا مطلقاً أو لم يصرح في أمره بشيء مما ذكر فلا رجوع للمأمور بشيء مما دفعه على الآمر ولو تبضه بن كان قبضه من غير أن يكون له حق على الأمر، وإنما يكون له الرجوع على القابض واسترداد ما قبضه إن كان قبضه من غير أن يكون له حق على الأمر فإن قبضه بحق فلا رجوع للدافع عليه بشيء".

تشترط هذه المادة لإيجاب رجوع المأمور على الأمر بما دفعه من دين واجب عليه أن يذكرا الحق في الرجوع على الآمر صراحة بالنص على ذلك أو دلالة بقرينة العرف، كأن

⁽١) في طبعة دار الفرجاني « الرجوح » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

⁽Y) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية، جزء أول نمرة: ٢٨٦، ٢٨٧.

يكون صيرفيًّا يودعه الناس أموالهم ويفي بالتزاماتهم من هذه الأموال، أو يكون شريكًا أو خليطًا له؛ لأنه يكون وكيلًا له مأذونًا عرفًا بأداء ما عليه، ومشترطًا دلالة أن يكون ما يؤديه عنه من حصته التي له. أما إن لم تكن هناك قوينة تدل على اشتراط الرجوع على الآمر، وكان الأمر مجردًا وعامًّا فإن أداء المأمور الدين على الآمر يحمل على التبرع، ولا حق له في الرجوع على الآمر مما أداه. وليس هذا هو الشرط الوحيد لإيجاب الرجوع ففي المادة التالية إيراد شرط آخر لعدم حمل أداء المأمور على التبرع.

● (مادة ٢٠٠) في كل موضع لا يملك المدفوع إليه المال مقابلًا بملك مال لا يرجع المأور بما أنفقه على الأمر إلا إذا اشترط الرجوع عليه.

فمن أبر غيره بأن يهب عنه مبلغًا لشخص سمين أو يقرضه مبلغًا، أو أمره بأن يحج عنه أو يؤدي زكاة ماله ونحو ذلك من الواجبات الأخروية؛ ففعل المأمور ذلك وأنفق من ماله ما أمره به، فلا يرجع بشيء مما أنفقه على الآمر إلا إذا أشترط الضمان والرجوع عليه٬٬

تتناول هذه المادة الشرط الآخر لقيام حق المأمور في الرجوع على الآمر بما أداه عنه، ويتمثل هذا الشرط في أن يكون الدين الذي أداه المأمور مقابلًا بالمال، أي أن يكون قد أدى عنه واجبًا من الواجبات الدنيوية، طبقًا لما أشارت إليه المادة (۱۹۸) السابقة الذكر. لكن لو أدى عنه بأمره ما ليس واجبًا عليه، كما لو أمره أن يهب عنه مبلغًا لشخص معين أو أن يقرض شخصًا، فإنه لا يرجع على الآمر بما أداه من ذلك؛ لأن الهبة أو الإقراض ليس واجبًا شرعًا، وإنما قد يكون مباخا أو مندوبًا إليه، فلا يتوافر الشرط المنصوص عليه لقبام الحق في الرجوع على الآمر . وكذلك لو أدى عنه واجبًا من الواجبات الشرعية التي لا تقابل بالمال، عنه لعدم تحقق الشرط.

(عادة ٢٠٥) إذا قضى أحد دين غيره بالأأمره سقط الدين عن المديون سواء قبل أو لم يقبل
 ويكون الدافع متبرعًا لا رجوع له على المديون بشيء مما دفعه بالا أمره و لا رجوع له على
 رب الدين القابض لاسترداد ما دفعه إليه.

إنما إذا كمان الدائمن قمد أبرأ المديون بعد استيفاء دينه من المتبرع يكون للمتبرع

⁽١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية جزء أول نمرة: ٢٨٦، ٢٨٧.

في هذه الصورة الرجوع على القابض بما دفعه إليه(١٠).

لاحق لمن أدى الدين عن غيره بلا أمره في الرجوع على المدين رغم استفادته سقوط الدين عنه، سواء قبل ذلك أو لم يقبل، ويكون الدافع متبرعًا بما دفع، ولا رجوع له على رب الدين القابض لاسترداد ما دفعه إليه؛ لأنه استوفى دينه الواجب له. ويستننى من ذلك ما جاء في المادة (٢٠٣) التي أوجبت الرجوع إذا دل العرف على اشتراطه، كأن يكون المؤدي للدين صيرفيًّا أو شريكًا أو في عبال المدين أو ما يماثل ذلك من الأحوال التي يضطر فيها المأمور لدفع الدين، كأن يكون له مال مرهون في الدين ويضطر إلى افتكاك ماله المرهون بدفع الدين الواجب ليستعيد ماله.

وقد جاء ذلك في المادة (٣١٠) مدني أردني، ونصها:

١ – ﴿ من أو في دين غيره دون أمره فليس له الرجوع بما دفعه على المدين إلا وفقًا للمادة (٣٠١)، ولا على الدائن إلا إذا أبر أالمدين من الدين ولو بعد استيفاء دينه منه.

٢ - فإذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه
 على المدين ٤.

وهو ما جاء في المادة (٢٣٩) مدني عراقي، ونصها: (إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين، سواء قبل أو لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعًا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحةً في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع ».

(مادة ٢٠٦) إذا أرسل المديون الدين مع رسوله إلى الطالب فضاع في يد الرسول قبل وصوله إلى الطالب ضاع من مال المديون، وإن أمر الطالب المدين بأن يدفع الدين إلى رسول الطالب فدفعه إليه وضاع في يده فضياعه من مال الطالب ويبرأ المديون من الدين^(٧).

يد الرسول يد مرسله، فإذا ضاع المال من الرسول كان على مرسله. وهذا ما تناولته هذه المادة؛ فإنه إذا أرسل المدين الدين مع رسوله فضاع منه لم يحسب على الدائن ولم يتحقق الوفاء بالدين، ويجب عليه الوفاء به. أما إذا أرسل الدائن أحدًا إلى المدين وأمره بالدفع إلى رسوله ندفعه إليه امتألاً الأمر الدائن كان الضياع عليه، وسقط من حقه مقدار ما دفعه المدين

⁽١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية، جزء أول نمرة: ٢٨٦، ٢٨٧.

⁽٢) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء أول نمرة: ٣٤٣.

إلى رسول الدائن، ويبرأ المدين مما يقابل ما دفعه من الدين إلى رسول الدائن.

...

(مادة ۲۰۷) من دفع شيئًا ظائنًا أنه واجب عليه فتيين عدم وجوبه فله الرجوع به على من
 قشم منه بغير حق(١٠).

تتناول هذه المادة فرعاً آخر من فروع القاعدة العامة للإثراء بلا سبب، وهو المعروف في القوانين المدنية العربية « بدفع غير المستحق ». لقد تناولت المواد السابقة من فروع الإثراء بلا سبب « قضاء دين الغير الواجب عليه »، وتتناول هذه المادة الفرع الآخر للإثراء بلا سبب، وهو « دفع غير المستحق».

ومفهوم هذا الفرع طبقًا لما أوضحته هذه المادة أن يودي أحد مالًا لآخر ظانًا أن هذا الأداء واجب عليه، فلو تبين له خطؤه في هذا الظن كان له أن يرجع على القابض بما أداه. ومستند الحكم بذلك قاعدة: ﴿ لا عبرة بالظن البين خطؤه ›، وقاعدة: ﴿ لا عبرة بالتوهم ›، وقد نص فقهاء المذهب الحنفي على العديد من الفروع المترتبة على هاتين القاعدتين.

من ذلك: أنه لو دفع إلى قاضي أو غيره من الموظفين مالاً للوصول إلى حقه ثم ندم فإنه يرجع بما دفعه، وهو رشوة. وكذا لو دفع لمطلقته بعد انتهاء عدتها ما يظته نفقة لها واجبة عليه، ثم ظهر له انتهاء عدتها فإنه يرجع بما أداه إليها. ومنه أن يطالبه أحد بالوفاء بما عليه من دين، ثم تبين أنه غير مدين له بشيء فإنه يرجع بما قبضه منه. وبهذا يتبين أن دفع غير المستحق مصدر من مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي.

وهذا هو ما ورد في المادة (٢٩٦) مدني أردني، ونصها: • من أدى شيئًا ظائًا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استردادُهُ ممن قبضه إن كان قائمًا، ومثلُهُ أو قيمَتُهُ إن لم يكن قائمًا ».

ويتعلق بذلك ما ورد في البادة (٩٧٧) مدني أردني، ونصها: " يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم لأن تنفيذ الدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد أن تحقق ».

وتشمل مادة المرشد (۲۰۷) كل الحالات التي يتحقق فيها دفع غير المستحق، ومن أوضح ما تشمله أن يثبت عدم تحقق سبب الدين الذي أداء مطلقًا، كما إذا أوفى الوارث بدين لم يلتزم مورثه به، وكما إذا قام أحد العاقدين في عقد باطل بالوفاء بالتزامه، وكذا لو قام بدفع تعويض عن حادث ظن خطأ أنه مسؤول عن الأضرار الناشئة عن هذا الحادث. وكذا لو أدى

⁽١) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء ثان نمرة: ٢٢٧.

المداينات والعقود والأمانات والضمانات ------

دينًا وجب بعقد موقوف أو معلق بشرط لم يتحقق.

ويتأكد اعتبار الفقه الإسلامي قبض غير المستحق مصدرًا من مصادر الالتزام، النصوصُ المديدة التي تحرم أخذ مال الغير بدون سبب شرعي يبح هذا الأخذ. ففي الحديث الشريف: « لا يأعنن أحدكم متاع أخبه لاعبًا ولا جادًا من ، وفي الحديث كذلك: « على اليد ما أخذت حتى تؤدي هن، وقد ذكرابن نجيم: أنه لو ظن شخص « أن عليه دينًا فبان خلافه رجع بما أدى »، وأن من دفع شيئًا ليس واجبًا عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة"، ومن دفع رشوة له أن يستردها؛ لأن العقد الذى دفع به الرشوة باطل".

ولا يبعد عن ذلك ما جاءت به المادة (١٨١) مدنى مصري، ونصها:

١ - ٤ كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقًا له وجب عليه رده.

 كلى أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء ».

وهو ما جاء في المواد (٢٣٢) عراقي، (٢٦٤) كويتي، (١٩٦) مدني أردني.

**

 (عادة ۲۰۸) رب الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال مديونه أو من مال كفيله وهو على صفته فله أخذه بلا رضاه (°).

تتناول هذه المادة مسألة كثر الخلاف فيها، وهي مسألة د الظفر بالحق ، ومعنى الظفر بالحق: الاستيلاء عليه وأخذه والفوز به واستيفاؤه برضا من عليه الحق أو بغير رضاه، وقد يكون بقضاء أو بغير قضاء.

ويحرم استيفاه العقوبات من غير قضاه استنادًا إلى مبدأ * الظفر بالحق »، سواه في الحدود والتعازير أو في القصاص؛ لأن ذلك لا يكون إلا عن طريق القضاء، ولوجوب الاحتياط في إثباتها واستيفائها؛ ولأن هذا يؤدي إلى إشعال الفتن¹¹، وكذا لا يجوز استيفاء الحقوق المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والطلاق بالإعسار والإضرار من غير طريق القضاء.

⁽١) سنن أبي داود: ٢/ ٣٠١ برقم (٥٠٠٣). (٢) سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٦ برقم (٣٥٦١).

⁽٣) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: ١٩٤١.

⁽٤) مجمع الضمانات، ص: ٥٩٤.

⁽٥) يستفاد حكمها من ابن عابدين، فصل السرقة، نموة : ٢٧٦، ٢٧٧، ومن الأنقروية، نموة: ٣٣٦. (٦) مغني المحتاج: ٤/ ٤١، ومنح الجليل: ٤/ ٣٣١، وقواعد الأحكام: ٢٩٨/، والأحكام السلطانية لأبي يعلى

لكن يجوز إعمال مبدأ الظفر بالحق فيما يتعلق بتحصيل الأعيان المستحقة المغصوبة، فمن وجد عين سلعته في يد الغاصب كان للمغصوب منه أن يستردها قهرًا عنه. واشترط المالكية ألا يؤدي استرداد العين المغصوبة على هذا النحو إلى ضرر يزيد على ضرر ضياع الحق، كأن يتهمه الغاصب بسرقة ماله، فلا يأخذها المغصوب منه إلا بعد الرفع للحاكم. ومثل ذلك كل عين مستحقة بأي سبب من أسباب الاستحقاق؛ فلو اشترى شيئًا أو ورثه أو أوصى له به فإن له أن يستوفيه بغير رضاء مَنْ وجده في يده (١٠).

ومذهب الأحناف أن من كان له دين على آخر ولم يوفه، فإن له أن يأخذ مقدار دينه من مال الغريم إذا كان من جنس حقه وبنفس صفته، فإن كان حقه دنانير، ووجد دنانير لغريمه أخذ منها ما يقابل حقه، ولا يجوز له أن يأخذ دراهم مثلاً مقابل الدنانير التي على غريمه، استنادًا إلى مبدأ الظفر بالحق، سواء كان هذا الغريم مقرًّا بالحق أو منكرًّا، وسواء كان للدائن يبنة أو لم يكن، كما يجوز له أن يتوصل إلى أخذ حقه بنحو كسر باب أو ثقب جدار إذا لم يكن مدناك طريق للظفر بحقه سوى هذاك، وزاد ابن نجيم في ذلك أنه: « إذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما ينبغي أن يجوز له أن يأخذ منه مقدار حقد⁷⁰. وبهذا لا ينحصر إعمال مبدأ الظفر بالحق في تحصيل الحقوق المترتبة في الذمة، وأكثر منه ما زاده ابن نجيم: أنه يجوز اللجوء إلى هذا المبدأ لتحصيل الحقوق المترتبة في ذمة شخص معين من ديونه التي له في ذمة شخص أخر.

ولا يبعد المالكية عما ذهب إليه الأحناف، وإن أضافوا بعض القيود، فقد نصوا على أن جواز أخذ الحق بدون رفع إلى القاضي مقيد بأن يكون الحق مجمعًا على ثبوته، وأن يتعين فيه بحيث لا يحتاج إلى اجتهاد في تحقيق سببه، وألا يؤدي أخذه إلى فتنة وشحناء وألا يؤدي إلى فساد عرض أو عضو، وهذا هو مذهب الشافعية كذلك.

وإذا تأملنا اشتراط المالكية لجواز اللجوء إلى الظفر بالحق بغير رضاء من عليه الحق: ألا يؤدي آخذ الحق إلى فتنة وشحناء أو إلى ضرر أشد عن امتناع تحصيل الحق – فإننا قد نصل إلى امتناع اللجوء إلى أسلوب الظفر بالحق في الواقع؛ لما يؤدي إليه في الغالب من الشحناء والفتن وتبادل الاتهامات؛ ولهذا ذهب جمهور الحنابلة إلى المنع منه. وهو ما يعير عنه ابن قدامة بقوله * إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه، فإن أتحذ من ماله شيئًا بغير إذنه لزم رده إليه وإن كان قدر حقه؛ لأنه لا يجوز

⁽١) حاشبة ابن عابدين: ١/ ٢٩٠، ومغني المحتاج: ٤/ ٢٦٠، وكشاف القناع: ٤/ ٢١١، ومنح الجليل: ٤/ ٣٢١. (٢) البحر الرائق: ٧/ ١٩٢.

له أن يملك عليه عينًا من أعيان ماله بغير اختياره إلا لضرورة.. وإن كان مانمًا له لأمر يبيح له المنع كالتأجيل والإعسار لم يجز له أن يأخذ شيئًا من ماله.. وإن كان مانمًا له وقدر على استخلاصه بالحاكم أو بالسلطان لم يجز له الأخذ أيضًا بغيره.. وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحدًا له ولا بينة له به فليس له أخذ قدر حقه في المشهور بين المذهب(").

ولا يمتنع إقرار مبدأ الظفر بالحق في النظر الحقوقي في بعض التطبيقات المحدودة، وإن أدى الاعتراف به على وجه العموم إلى التناقض مع التفكير القانوني الحديث الذي يحدد إجراءات الوصول إلى الحقوق وأوجه إثباتها وطرق استيفائها، وإلا لأخذ كل فرد القانون في يده وأعمله وفق تفسيره ومصلحت، مما يؤدي إلى إثارة التشاحن والمنازعات والتقاتل،

وقد استند الفقهاء في إقرارهم و الظفر بالحق ؟ إلى حديث هند بنت أبي سفيان التي المتند الفقهاء في إقرارهم و الظفر بالحق ؟ إلى حديث هند بنت أبي سفيان التي اشتكت إمساك زوجها، وقوله ﷺ إلى التي يشر الحديث في إطاره وتعلقه بزوجة تأخذ من مال زوجها بالمعروف دون أن تطلعه، مما لا يثير فتناً ولا يعد خروجًا على عادة الناس وأعرافهم؛ فالأموال التي تكفى نفقة الزوجة والأموال في يد أفراد الأسرة، ولا يشمل ذلك بالطبع الأموال التي في عهدة الزوج أو خزائه أو حساباته إليه المصرفية، ولا حجة في هذا الحديث لإقرار مبدأ الظفر بالحق على النحو الذي اتجه إليه الأحذاف والمالكية والشافعية.

ويحق القول بأن مذهب الحنابلة قدم تطويرًا فقهيًا يتفق مع مقررات التفكير القانوني المنهجي، غير أننا لا يجب أن نترك هذا الموضوع دون تنبيه إلى أن جمهور الفقهاء في انجاههم الإقرار مبدأ * الظفر بالحق > غلب عليهم التفكير فيما يسمى بالواجب ديانة على حين اتجه فقهاء الحنابلة للتفكير في الأمر في إطار ما هو واجب قضاء. والموضوع بحاجة لحين مطول لا تناسبه هذه المجوالة.

•••

 (مادة ۲۰۹) إذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بقبضه^(۱).

تتناول هذه المادة موضوعًا قانونيًّا بالغ الأهمية يأتي تحت عنوان (رفض الوفاء)، وهو أن يرفض الدائن استيفاء دينه الذي يقدمه له المدين. وقد رسمت هذه المادة الطريق أمام

⁽١) المغني: ٩/ ٣٢٥ – ٣٢٧. (٢) يستفاد حكمها ه

وتبدأ هذه المادة من عرض المدين الدين على الدائن عرضًا فعليًّا صحيحًا، وما ترتب على ذلك من رفض الدائن استيفاء الدين، وهو ما يخول المدين حق رفع الأمر إلى القاضي لإجبار المدين على الاستيفاء. وتكتفي هذه المادة بالإشارة إلى عرض الدين على الدائن وإعطاء المدين الحق في رفع الأمر إلى القضاء لإجبار الدائن على الاستيفاء. وهو ما يتشابه مع الأسلوب المتبع في القانون الألماني الذي اكتفى بمجرد إعذار الدائن (10).

أما القانونان المصري المادة (٣٣٤) والسوري (٣٣٢) فقد حددا الكثير من التفصيلات المتعلقة بإعذار الدائن، وما يترتب على هذا الإعذار، من نتائج، وكيفية عرض الدين، والإجراءات المتبعة في ذلك، والحق في إيداع الدين على ذمة الدائن بعد هذا الإعذار، وقد جاءت المادة (٣٣٤) مدني مصري بالنص على أنه: ﴿ إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء الممروض عليه عرضًا صحيحًا، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي » وتضيف المادة (٣٣٥) من هذا القانون أنه: ﴿ إذا تم إعذار الدائن تحمًل تبعة هلاك الشيء أو تلفه وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن

وتقابل هاتان المادتان المواد (۳۵۸، ۳۸۲)، مدني عراقي، (۳۲۲، ۳۲۳) مدني أردني، (٤٠١) كويتي.

ولا تأتي مادة المرشد المذكورة بمثل هذا التنظيم المفصل في حالة رفض المدين قبول الوفاء بالدين، وإنما جاءت بحكم عامٌ مجمل يتسع لهذه التفصيلات ولا يمنع منها. ويشير إلى حق المدين في إيداع الدين بعد إعذار المدين ما جاء في قواعد ابن رجب أنه: « لو أتاه الغريم بدينه في محله، ولا ضرر عليه في قبضه فإنه يؤمر بقيضه أو إبرائه، فإن امتنع قبضه له الحاكم وبرئ غريمه »، وجاء فيه كذلك أنه: « إذا أتاه الغريم بدينه الذي يجب عليه قبضه فأي، أن يقبضه الحاكم، وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مكان الممتنع بو لايته ».

لقد أشار القدوري إلى مرحلة إعذار المدين وعرض الدين عليه، كما أشار ابن رجب

⁽١) الوسيط للسنهوري: ٣/ ٧٣٢.

إلى المرحلة الأخرى التي تلى ذلك، وهي مرحلة إيداع الدين في خزانة المحكمة، وهاتان هما المرحلتان اللتان عنيت القوانين المدنية العربية تنظيمها تنظيمًا مفصلًا ودقيقًا؛ لشدة الحاجة إلى هذا التنظيم في ظروف تشابك المعاملات في الحياة الحديثة.

● (مادة ۲۱۰) إذا كثرت غرماء المدين وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطلوبة لهم، فله أن يقدم من شاء منهم ويؤثره على غيره وإن قضى دين أحدهم فليس للآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه ويبنهم"\.

تتناول هذه المادة حكم تعدد غرماء المدين إذا كثرت ديونهم، وكان ماله لا يفي بجميع الدين المطلوبة؛ فلو قدم أحدهم وآثره على غيره من الدائنين لم يكن لهم أن يطالبوا بمشاركته فيما قبضه بنسبة استحقاقهم. ومحل ذلك ألا يكون هناك تضامن بين الدائنين باتفاق بينهم أو بحكم الشرع كما تقدم، وألا يكون قد حجر القاضي عليه ومنعه من التصرف في أمواله، خلالًا للمالكية الذين يرون أن إحاطة ديون المدين بأمواله، ومساواة العناصر السلبية للذمة لمناصرها الإيجابية كافية للحكم بالمنع من التصرف، أما الأحناف وجمهور الفقهاء فيرون: أن الإحاطة وحدها ليست كافية، وإنما يشترط مع ذلك أن يحكم القاضي بالتحجير؛ لأن بصاحة الدائنين أنضهم قد تقضي ترك المدين بعمل لا مستدرك خطؤه، أو لمرور السوق بضافة يترقع انفراجها في القريب العاجل أو لأي عامل آخر. وهكذا فإن حرية المدين في تقديم بعض غرمائه وإيثارهم على غيرهم طبقًا لما جاء في هذه المادة مقيدة بعدم قيام التضامن بين الدائنين، وعدم صدور حكم من القاضي ("بالتحجير على المدين تمهيدًا لبيع أمواله وقسمة ثمنها بين الغرماء بالتحاصص فيما بينهم، طبقًا لما قد أوضحته مواد المرشد الأخرى.

...

● (مادة ٢١١) كل دين صح تأجيله فأجله صاحبه أو قسطه إلى أقساط معلومة وقبل ذلك المدين لزم تأجيله، وليس للدائن بعد ذلك الرجوع في الأجل أو التقسيط، ولا مطالبة المديون بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله ").

تتناول هذه المادة حكم تأجيل الدين وتنجيم الوفاء به إلى نجوم أو أقساط معلومة،

⁽١) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٢٢، ومن الهندية، جزء خامس نمرة : ٦٧.

⁽۲) القاعدة: ۱۱۰ والقاعدة : ۲۳ من قواعد ابن رجب الحنيلي. (۳) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابم نمرة : ۳۶۶، والحامدية في الدين، نمرة : ۲۲۰، ۲۲۲.

والحكم الذي أجملته المادة هو صحة تأجيله كله إلى وقت مستقبل معلوم أو تنجيم الوفاء به إلى أوقات محددة؛ كأن يؤدي بعضًا محددًا منه كل شهر أو شهرين أو ثلاثة أو أكثر أو أقل. وتوضيح ذلك فيما يلي:

أَجَلُ الشيء في اللغة: مدته ووقته الذي يحل منه، والآجل خلاف العاجل، والأجل بهذا: هو المدة المستقبلة التي يضاف إليها أمر من الأمور، سواء كانت هذه الإضافة أجلًا للوفاء بالالتزام أو أجلًا لإنهاء الالتزام، ويتنوع الأجل من جهة إثباته إلى أن يثبت من جهة الشرع كالعدة، أو بالقضاء، أو بالاتفاق، وذلك هو الأجل الذي يثبت باتفاق بين الملتزم والملتزم له على مدة محددة للوفاء بالالتزام، وذلك كاتفاقهما على الوفاء بثمن المبيع أول شهر كذا أو بعد أسبوعين، أو ما إلى ذلك. وقد بيَّن السَّرَخْسِيُّ والكاساني: أن الأجل أمر لا يقتضيه العقد، وإنما شُرع رعايةً للمدين على خلاف القياس(١١).

وقد اتفيق الفقهاء على صحبة التأجيل إذا كان الأجل معلومًا، محددًا بزمان بعينه، لا يختلف من شخص إلى شخص، وذلك بأن يكون محددًا بالأيام أو الشهور أو السنة. يدل على اشتراط معلومية الأجل قوله تعالى: ﴿ يَأَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بَدِّينِ إِلَى آجَك مُسكَّى فَأَكْتُبُوهُ ﴾ [البغرة: ٢٨٢]، ولإفضاء الأجل المجهول إلى المنازعة.

● (هادة ٢١٢) إذا كان الدين مؤجلًا فللمديون أن يدفعه قبل حلول الأجل ويجبر الدائن على القبول(٢).

نتناول هذه المادة حكم إسقاط الأجل من قبل المدين بتعجيله الوفاء بالدين قبل حلول أجله. وحكم هذا الإسقاط الجواز؛ ذلك أنه لما كان الأجل قد شُرع رفقًا بالمدين وتمكينًا له من وفاء الدين في الوقت الذي يتيسر له فيه الوفاء، ورعايةً لحاله فقد صح له أن يسقط أجل الدين، ويعجل الأداء به، ويلزم الدائن قبض الدين إذا لم يؤدُّ ذلك الإسقاط للأجل إلى الإضرار بالمدين، كأن كان الأداء في مكان مخوف، أو أثناء سفر المدين وغيبته وبعده عن محل الوفاء، أو كان في وقت كساد السوق، أو ارتفعت تكلفة تخزينه إلى حين المدة التي ير د الطلب فيها على السلعة أو غير ذلك من الظروف التي تؤدي إلى الإضرار بالمدين. ويتفق مع مذهب الأحناف في هذا مذهبُ المالكية والشافعية والحنابلة (٣).

⁽١) المبسوط: ١٣/ ٢٤، البدائع: ٥/ ١٧٤.

⁽٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٤١.

⁽٣) فتح القدير : ٥/ ٢٤٥، وحاشية ابن عابدين : ٤/ ١٧٧، والدسوقى : ٣/ ٢٢٦، والمهذب : ١/ ٣٠١، وكشاف=

المداينات والعقود والأمانات والضمانات عصصص

ولو تراضى الدائن والمدين على إسقاط شرط التأجيل صح ذلك بلا خلاف بين الفقهاء.

(عادة ٢١٣) من عليه الدين إذا قضاه قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض أو وجد
 زم قًا فرده الدائن عاد الدين مؤجلًا كما كان^(١٠).

هذه المادة تفريع على سابقتها التي تناولت صحة إسقاط المدين أجل الوفاء والتعجيل
به. أما هذه المادة فتقضي بأنه إذا أسقط المدين حقه في الأجل وعجل بالوفاء، ثم ظهر
استحقاق بدل الوفاء الذي عجل به أو لم يصح الوفاء بما أوفى به لوجود نزاع قضائي عليه
أو لعيب فيه، أو لأي سبب آخر يمنع صحة الوفاء بما أوفى به معجلًا، فإن الأجل يعود
كما كان، ويصبح من حق المدين أن يدفع الدين في الأجل المعين له.

...

♦ (هادة ٢١٤) الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المديون⁽⁷⁾.

تتناول هذه المادة حكم سقوط أجل الدين بموت الدائن أو المدين الذي اختلف فيه الفقهاء؛ فذهب الحنفية والشافعية إلى أن الأجل يبطل بموت المدين لانتهاء ذمته، ولأن فائدته للمدين أن يتجر بماله أو يستثمره كي يؤدي الدين من نمائه، وقد امتنع ذلك، فيبطل الأجل بموت المدين موتا حقيقيًّا أو حكميًّا، كما لو لحق مرتدًا بدار الحرب فيما نص عليه الأحاف.

وينفق المالكية مع الأحناف في ذلك؛ إذ يرون أن « الدين المؤجل على الشخص يحل بفلسه أو موته على المشخص يحل بفلسه أو موته على المشهور ا* لأن الذمة في الحالتين قد خرجت، والشرع قد حكم بحلوله، ولائه لو لم يحل يلزم تمكين الوارث من قسم التركة أو بقاء التركة غير مقسومة إلى حين الوفاء بالدين بعد حلول أجله، وكلاهما باطل لمخالفته قوله تعالى: ﴿ يَرْا بَسْوَ وَسِيَّةٍ يُوسِي مَا تَعْفَى المَاسِلِينَ إِلَى أَجله لم يُحْبُ إلى ذلك، ولو طلب بعض الغرماء بقاء الدين إلى أجله لم يُحْبُ إلى ذلك، ولو طلب كل الغرماء الوفاء بالدين في أجله أجيبوا إلى ذلك.

وللحنابلة رأيان، أولهما: يتفق مع ما سبق ذكره، والآخر: أن أجل الدين لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة أو غيرهم الدين بِرَهْنِ أو كفيل مليء؛ لأن الأجل حق للميت، فيورث

⁼ القناع : ٣/ ٣٠١، والمغنى : ٤/ ٣٤٦.

 ⁽١) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة: ٣٣٤، والخانية، جزء ثالث نمرة: ٧٧.

⁽٢) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء ثان نمرة : ٢٢٥.

عنه كسائر حقوقه، وكما لا تحل الديون التي له بموته فلا تحل الديون التي عليه بموته أيضًا. لكن إذا تمذر التوثق حل الدين لغلبة الضرر.. ولا يسقط منه شيء في مقابلة الأجل''.

وقد استدل الحنابلة على أن الدين المؤجل لا يحل بموت المدين عند توثيق الورثة بأن الأجل حق للمدين فلا يسقط بموته، ولأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وقد قال النبي هي الأخراء مالاً فلورثه الأن وما قبل بسقوطه بالموت هو حكم مبني على المصلحة، وهي لا تتحقق بالنسبة للورثة الذين قد يضر بهم إجبارهم على تعجيل الوقاء بدين مؤجل. وقد انحازت المادة إلى رأي الأحناف الذين فهبوا إلى حلول الدين المؤجل بموت المدين لا بموت الدائن احتياطًا لحق الذائن الذي قد وثق بالتعامل مع المدين نفسه، لا مع ورثته فيجب أن يؤخذ الدين طبقًا لهذا الرأي من تركة الميت قبل قسمتها، وهو ما قد يشهد له قوله تعالى في الميراث: ﴿ مِنْ مُعَدَّ وَسِيَّةٌ يُوسِيَّةً يُوسِيَةً يُوسِيَّةً يُسِيِّهِ لهِ الميراث: ﴿ المِنْ الموراث الموراث المناسِقِيقِ الميراث في الميراث ؛ ﴿ مِنْ مُعَدَّ يُوسِيَّةً يُوسِيَّةً يُوسِيَّةً يُعِيقًا اللهُ الله عليه الميراث ؛ ﴿ مِنْ مُعَدِّ يُحْمِلُ اللهِ الميراث ؛ ﴿ مَا مُعَلِّقً يُعِمِي اللهُولُ اللهِ المَوْسِيَةً المِينَّ المُوسِيَّةً يُوسِيَّةً يُوسِيَّةً يُعِلِي المِيراث ؛ ﴿ مَا يَعْلُولُ اللهِ اللهُولُ المُعْلَقِ عَلَيْنَ المُولِقِيقَةً المِنْ المُعْلِقِ المَعْلِقِ المُعْلِقِ اللهِ المُعْلِقِ المِنْ المُعْلِقِ المِعْلُولِ المَعْلِقِ المِعْلِقِ ال

● (مادة ٢١٥) إذا كان الدين حالًا فليس للمديون أن يجبر صاحبه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلًا للتبعيض، إنما إذا كان المديون معسرًا لا يمتلك شيئًا لوفاء كل الدين يجوز له إمهاله وينظر إلى ميسرته(٣٠).

تتناول هذه المادة ما يعرف في اصطلاح القوانين المدنية العربية: تجزئة الدين. وتتفق هذه المادة مع هذه القوانين في أنه: لا يصح إجبار الدائن على قبول بعض حقه عند حلول أجل الوفاء به؛ ذلك أنه إذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء فلا يجوز إلزام الدائن بقبول الوفاء بجزء منه، ولو كان قابلاً للانقسام، فالأصل أن يستادي الدائن الدين كله، لكن ترد على هذا الأصل بعض الاستثناءات منها فيما نصت عليه مادة المرشد أن يثبت إعسار المدين بجزء من الدين، ولا يستطيع أداءه كله فيزدي ما يقدر عليه وينظر إلى ميسرة فيما بقي من الدين، وقد يعين القاضي أجلاً يمهل المدين إليه للوفاء بالدين كله، طبقًا لما يراه مصلحة للدائن والمدين. ويمكن تجزئة الوفاء إذا اتفق الطرفان عليها.

وقد يتصور إعمال قاعدة تجزئة الوفاء إعمالًا عكسيًّا لمصلحة المدين، بأن يصر على أداء

^{(1) (}دالمحتار : ٤/ ٢٤) وبدانع الصنائع : ٥/ ٢٦٣ ، والأشباء والنظائر لابن نجيم ص: ٢٥٥ ، والأشباء والنظائر للسيوطي ص: ٢٦٩ ، ومغني المحتاج : ٢/ ١٤٧ ، والخرشي : ٤/ ١٧٦ ، وحاشية الدسوقي: ٢/ ٢٥٥ ، وكشاف الفناع: ٢٨٨/٤، والمغنى : ٤/ ٨٥٤

⁽٢) سنن أبي داود : ٣/ ١٢٣ برقم (٢٨٩٩).

⁽٣) يستفاد حكمها من الخانية، جزء ثالث نمرة : ٢٣١.

الدين كله إذا أراد الدائن تجزئة الوفاء به.

ولو كان هناك نزاع في بعض أجزاء الدين بين الدائن والمدين، وإنفقا على جزء منه، فإن للدائن أن يطالب بالوفاء الجزئي للقدر المتفق عليه من الدين، ويجبر المدين على الوفاء بهذا القدر مع ترك الباقى في المتنازع فيه لما يسفر عنه النزاع.

وهذا هو ما نصت عليه المواد (۲٤٢) مدني مصري، (٣٣٠) مدني أردني، (٣٣٠) عراقي، ونصها الذي يقارب نص مادة المرشد: ﴿ إذا كان الدين حالًا فليس للمدين أن يجبر دائته على قبول بعضه دون البعض، ولو كان قابلًا للتبعيض ».

ونص المادة (٣٣٠) مدني أردني أنه:

١ - « ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك.

٢ - فإذا كان الدين متنازعًا في جزء منه، وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به فليس
 للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء ٢. وتضاف المصروفات ونفقات الوفاء التي يتحملها
 المدين إلى الدين لتحسب مما يجب على المدين الوفاء به.

(مادة ٢١٦) إذا دفع المديون أحد دينين واجبين في ذمته وكان أحدهما مطلقاً والآخر مشمولًا بكفالة أو برهنٍ، أو كان أحدهما قرضًا والآخر ثمن مبيع، أو كان أحدهما مشتركاً والآخر خاصًا، واختلف مع غريمه في الدين المدفوع يعتبر قول المدين في تعيين نوع الدين الذي دفعه (١٠).

تمرض هذه المادة لحكم أحوال تعدد الديون الواجبة على مدين واحد، إذا كانت هذه الديون من جنس واحد، وكان المبلغ المدفوع لا يغي بالديون جميعها، واختلفت هذه الديون في توثق بعضها بكفالة أو رهن دون بعضها الآخر، أو اختلفت أسبابها بأن وجب بعضها بقرض وبعضها الآخر ببيع أو كان أحدهما مشتركًا والآخر خاصًّا، واختلف المدين مع غريمه في تعيين أي من هذه الديون المتعددة هو الذي تم وفاؤه به. ولما كان المدين يملك أن يعين يعلك إجبار الدائن على استيفاء الدين ما دام الوفاء صحيحًا فإنه هو الذي يملك أن يعين أي هذه الديون هو المستوفى بما أداه. وهذا هو ما تفيده هذه المادة بإطلاق، دون إشارة إلى أي قيد، وكأن المدين هو الذي يملك تعيين ما وفاه من الديون في أي وقت، ودونما نظر إلى

⁽١) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء ثان نمرة: ٢٢٢، ومن الخيرية، نمرة: ٦٨.

ما قد يوجد من اتفاق أو مانع يمنع حريته في تعيين ما يشاء من ديونه المتعددة بما أوفاه.

وعلى الرغم من اتفاق المادة (٣٣٧) مدني أودني مع ما جاءت به مادة العرشد العذكورة فإن المادة القانونية قد قيدت الإطلاق الوارد في العرشد، وهذا هو نص المادة (٣٣٧) مدني أردني:

وإذا تمددت الديون في ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعًا، جاز للمدين عند الوفاء أن يمين الدين الذي يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التمين ».

وهكذا فإن المدين هو الذي يعين الدين المدفوع عند الوفاء، ولكن ذلك مقيد - كما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة - بأن يكون التعيين حاصلًا وقت الدفع، وبألا يكون هناك مانع اتفاقي أو قانوني يحول دون هذا التعيين. ويقوم المانع الاتفاقي إذا كان عند الدفع، كما لو اتفق الدائن والمديون أن الدين هو دين معين، فلا يملك أي من الدائن أو المدين بإرادته المنفردة أن يعين ديئاً آخر.

ويقوم المانع القانوني في حالات منها: أنه لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع دينًا أكبر قيمة من المبلغ المدفوع؛ لأنه يكون في هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئي، والدائن لا يجبر - كما تقدم - على قبول الوفاء الجزئي. فإن لم يوجد مانع اتفاقي أو قانوني كان المدين حرًّا في تعيين الدين المدفوع، فله أن يصرح وقت الوفاء أن الدين الذي يدفعه هو الدين المضمون برهن أو كفالة دون الدين غير المضمون، والمدين في تعيين الدين المدفوع ليس مقيدًا بمراعاة مصلحة الغير، فليس عليه أن يقدم دينًا يشترك فيه مدينون متضامنون أو دينًا غير قابل للتجزئة أو دينًا له كفيل، فمصلحته هي التي يرعاها، وليست مصلحة الغير.

وقد نصت المذكرة الإيضاحية على إيثار الأخذ بصياغة هذه المادة وفق ما جاء به القانون المصري (٣٤٤) والسوري مادة (٣٤٢) دون الصياغة التي أتى بها المرشد واستمدها القانون المدني العراقي لعمومها في مادته (٣٩٣)، ونصها: • إذا دفع المدين أحد دينين واجبين في ذمته، وكان أحدهما مطلقًا والآخر مشمولًا بكفالة أو برهن، أو كان أحدهما مقرقًا والآخر مشمولًا بكفالة أو برهن، أو كان أحدهما مقرقًا والآخر تالصًا أو كان الدينان متبايين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان في وجهة الدين يعتبر قول المدين في جهة الدفع ، وتقترب هذه الصياغة من نص مادة المرشد المذكورة.

(مادة ۲۱۷) إنما يصح دفع الدين لصاحب الدين أو وكيله إن كان صاحب الدين بالماً عاملة على المنا عليه المنا غلا يصح عاقلًا غير محجور عليه فإن كان قاصرًا أو كبيرًا مجنوبًا أو محجورًا عليه لسفه فلا يصح دفع الدين إليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي للصغير أو المجنون أو من قاض المنافد المسفد المحجود عليه (١٠).

تحدد هذه المادة من يصح له الوفاء بالدين، وهو الدائن أو من ينوب عنه بالوكالة إن كان الدائن بالنًا عاقلًا غير محجور عليه، أو وليه إن كان غير بالغ أو غير عاقل أو سفيه، أو للقاضي أو وصيه في الأحوال التي تستوجب ذلك بإذن المحكمة، وهو ما قد سبق تناوله عند التعرض للإيداع في المحكمة إذا رفض الدائن استيفاء الدين بعد إعذار المدين.

وتطابق هذه المادة ما جاء في المواد (٣٣٢) مدني مصري، (٣٩٩) كويتي، (٣٨٣) عراقي، ونصها:

١ عصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور، فإن كان محجورًا فلا يصح
 دفع الدين للدائن، بل يدفع لمن له حق قبضه من ولى أو وصى أو قيم.

٢ - فإذا دفع الدائن الدين إلى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين،
 بل إذا هلك ما دفعه، أو ضاع من المحجور فللولي أو الوصي أو القيَّم مطالبةُ المدين
 بالدين

وهو ما تناولته المادتان (٣٢٠) (٣٢١) مدني أردني، ففي المادة (٣٢٠) أنه: و يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفعًا على أن الوفاء يكون للدائن شخصيًا ». وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المعادة أن «الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين، وله أن ينيب عنه وكبلًا في ذلك، ويعين على الوكيل في مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقًا للأحكام العامة في الوكالة على أنه... التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين يمحمل تلك المخالصة، ما لم تنف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصيًا. فإذا اتفق على ذلك كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين. و تثبت صفة استيفاء الدين خلاك لهن ينوب عن المدين نيابة قانونية أو قضائية ولمن يخلفه ».

وفي المادة (٣٢١) مدنى أردني أنه ﴿ إذا كان الدائن غير كامل الأهلية فلا تبرأ ذمة المدين

⁽١) يستفاد حكمها من الهندية، جزء خامس نمرة: ٦٠.

إلا بالوفاء لوليه. وإذا حصل الوفاء للدائن وهلك الموفى به في يده أو ضاع منه فلوليه مطالبة المدين بالدين ٣. وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه: ﴿ إذا كان الدائن عديم الأهلية وناقصها لصغر أو جنون أو نحوه ففي هذه الحالة لا يكون الوفاء مبر تًا لذمة المدين إذا حصل للدائن عديم الأهلية أو ناقصها نفسه. وعلى المدين أن يفي لوليه أو وصبه أو القيَّم عليه كي تبرأ ذمته. فإذا وفي للدائن عديم الأهلية أو ناقصها لم تبرأ ذمة المدين. فإذا هلك على الدائن مطالبة المدين بالدين ٣.

(مادة ۲۱۸) إذا كان صاحب الدين قاصرًا أو كبيرًا مجنونًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع المدين المطلوب له فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين، بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من الدين، بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من القاصر أو من الكبير المجنون أو المحجور عليه فلولي الصغير والمجنون أو وصيهما وللقاضي أو وصيه على الكبير المحجور عليه مطالبة المديون بالدين (١٠).

تتعلق هذه المادة بسابقتها التي حددت من يصح له الوفاء بالدين، وهو الدائن أو نائيه من وكيل أو ولي أو قاضي أو وصي، ومن تطبيقات القاعدة السابقة أن يتم الوفاء بالدين لمن في يده مخالصة به من الدائن باعتبار وجود هذه المخالصة في يد أحد قريئةً على الإذن باستيفاء الدين من المدين. أما هذه المادة فتشير إلى حكم مخالفة هذا التحديد بأداء المدين الدين لمن ليس له الحق في استيفائه، وهو أنه لا عبرة بهذا الأداء ولا تبرأ ذمة المدين به، ويصح للولى أو الوصى أو القاضى المطالبة به.

وتوافق هذه المادة ما جاء في العادة (٣٣٣) مدني مصري والمادة (٣٨٤) مدني عراقي، ونصها: « إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تيراً ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو تم يحسن نية لشخص كان الدين له ظاهرًا كالوارث الظاهر ».

 (عادة ۲۱۹) إذا كان المديون صغيرًا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع الدين الذي عليه صح دفعه وبرثت ذمته (۲).

تتناول هذه المادة حكمَ دفع الصغير أو المعتوه أو المجنون الدينَ الذي يثقل كاهله،

⁽١) يستفاد حكمها من الهندية، جزء خامس نمرة: ٦٠.

⁽٢) يستفاد حكمها من الهندية، جزء خامس نمرة: ٦١.

وهو صحة هذا الدفع الذي هو من جملة خطاب الوضع الذي يتعلق بأفعال ناقص الأهلية، دون خطاب التكليف الذي لا تعلق له بأفعالهم؛ ولهذا فإن أيًّا من هؤلاء إذا قام بأداء الدين إلى المدين كان فعله هذا سببًا لانقضاء الدين وبراءة ذمته مما يثقلها من دين. وهو لن يجب عليه ذلك؛ لأنه من خطاب التكليف، لكن لو قام به سقط عنه وبرئت ذمته، بحكم أن ذلك من قبيل خطاب الوضم.

وقد نصت العادة (٣١٨) مدني أردني على ذلك ونصها: « يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفى مالكًا لما وفى به، وإذا كان المدين صغيرًا اميرًا أو كبيرًا معتومًا أو محجورًا المعلى عليه للمنه أو غلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررًا بالموفى ٤. وقد أضافت هذه المادة اشتراط عدم الإضرار بالصغير أو المعتوه والمجنون في الحكم بصحة الوفاء؛ رعايةً لمصلحة من ليسوا أهلًا للتصرف، بناء على بطلان تصرفاتهم الشارة بهم، وتوقف التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على إذن أوليائهم، طبقًا لما هو مقرر في الفقد الإسلامي.

(مادة ۲۲۰) إذا كان المديون محجورًا عليه بسبب ديونه ودفع من أمواله المحجور عليها
 دينًا في ذمته لأحد غرمائه فلسائر غرمائه نقض تصرفه واسترداد المبلغ الذي دفعه(۱۰).

تتناول هذه المادة حكم تعدد الدائين الذين لا تفي أموال المدين بديونهم كلها، وأداء المدين الديونهم كلها، وأداء المدين الدين لبعضهم دون البعض الآخر، وهو ما قد تعرضت له المادة (٢١٠) مرشد، السابقة الذكر، وكانت هذه المادة قد بينت حق المدين في إيثار بعضهم بالوفاء. وتقيد المادة المتناولة بالشرح (٢٦٠مرشد) هذا الحق بألا يكون المدين محجورًا عليه؛ لأنه إن كان محجورًا تعلق الدين بأمواله، وتصير مرهونة به، وتغل يد المدين عن أي تصرف ضار بأي أحد من دائيه، ومن ذلك بسائرهم ويحق لهم المطالبة بقسمة ما أداه عليهم بنسبة ديونهم. وينطبق ذلك على المدين مرض الموت الذي تغل يده و الآخر عن الإضرار بدائنيه بإيتار بعضهم أو بالتبرع بأمواله التي لا تفي بديونه.

وهذا ما تكفلت بتوضيحه المادة (٣١٩) مدني أردني، ونصها: ﴿ لا ينفذ الوفاء لبعض الدائين في حق الدائين الآخوين إذا كان المدين محجورًا للدين ووفي من المال المحجور

⁽۱) پستفاد حكمها من الهندية، جزء خامس نمرة: ٦٥، ومن ابن عابدين، جزء خامس نمرة: ١٣٠، والحانية، جزء ثالث نمرة : ١٦٤.

أو مريضًا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين ».

•••

(هادة ۲۲۱) يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكًا لما دفعه فإن
 استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه(١٠).

تعرض هذه المادة لشرط صحة وفاه المدين بالمؤدي بدلًا عن الدين الذي تعلقت به ذمته. وهذا الشرط هو ملكية المدين لما وفي به ملكًا سالمًا من استحقاق الغير، فلو أدى مالًا للدائن بدلًا عن الدين ثم ظهر هذا البدل مستحقًّا للغير ببيئة تفيده واسترده مستحقه أو هلك بعد الحكم باستحقاقه فإنه يرجم على المدين بدينه ويطالبه بالوفاه.

وقد جاء النص في القوانين المدنية العربية على هذا الحكم؟ وفي المادة (٣٥٥) مدني مصري أنه * يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكًا للشيء الذي وفي به، وأن يكون الموفي مالكًا للشيء الذي وفي به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه ٤، وهو ما جاء كذلك في المادة (٣١٨) مدني أردني التي سبق إيراد نصها قبل قليل، ويتطابق نص المادة (٣١٨) مدني عراقي مع مادة المرشد المذكورة، ونص المادة (٣٧٦) هذه أنه: * يشترط لنفاذ وفاء الذين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكًا لمادفعه، فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه، أو هلك وأخذ بدله، فللداثن الرجوع بدينه على غريمه ٤.

♦ (هادة ۲۲۲) إذا كان الدين المطلوب ثمن مبيع وصار تعينه في العقد وهو مما يتعين بالتعبين فليس للمديون أن يدفع غيره بدلاً عنه بدون رضاء الدائن، وإن كان مما لا يتعين بالتعبين كالنقود وعين في العقد فللمدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن⁽⁷⁾.

تتناول هذه المادة أصلاً على قدر كبير من الأهمية في الوفاه بالديون، وهذا الأصل هو وجوب الوفاء بذات الشيء المستحق، ويتفق هذا مع الأصل العام المقرر في الفقه الإسلامي والقاضي بوجوب تنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به المدين. وطبقًا لذلك فإنه إذا أراد الفاصب رد قيمة المغصوب دون عيته لم يُجَبِّ إلى ذلك، لتعلق حق المالك بعين ملكه دون قيمته ولا يُصار إلى إيجاب القيمة إلا إذا تعذر رد العين ولم يكن لها مثل. وبهذا فإن الوفاء يكون بذات الشيء المستحق دون سواه. ولهذا فإنهما إذا اتفقا في عقد يبع على أن يعطيه الثمن شيئًا معينًا، وهو مما يتعين بالتعين كثوب أو منزل أو سيارة مستعملة

⁽١) يستفاد من الأنقروية، نمرة : ١٨٢.

⁽٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٣٠.

لم يكن له أن يعطيه بدله، وإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود الجديدة التي رآما في يده، فإنه لا يلتزم بدفع هذه النقود ذاتها؛ لأن أعيانها ليست محل اعتبار في التعامل، فله أن يعطي النقود ذاتها أو غيرها مما يساويها في القيمة. وتظهر قاعدة الوفاء بذات الشيء المستحق فيما إذا كان الالتزام بعمل معين واشترط قيام الأجير بالعمل بنفسه، فإنه لا يصح لهذا الأجير أن ينب غيره في القيام بهذا العمل، وذلك كأن يشترط على طبيب معين إجراء عملية جراحية بنفسه، فإنه لا يعد موفيًا ما التزم به إلا إذا قام هو نفسه بالعمل الملتزم به.

وهذا هو ما ورد في المواد (٣٤١) مدني مصري، (٣٩٠) مدني عراقي، (٣٢٩) مدني أردني، ونصها:

 ١ = ١ إذا كان الدين معا يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلًا عنه، دون رضاء الدائن، حتى لو كان هذا البدل مساويًا في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى.

٢ – أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين في العقد فللمدين دفع مثله وإن لم يرضَ
 الدائر.».

وتتناول هذه المواد بذلك « موضوع الوفاء » والمحل الوارد عليه.

♦ (مادة ٢٣٣) محل الوفاء هو المكان الذي تعين في العقد إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه بما له حمل وموونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها، فإن كان العقد مطلقًا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجودًا به وقت العقد (١٠).

تتناول هذه المادة محل الوفاه بالدين ومكانه الذي يجب أن يتم فيه. وإنما لزم تحديده شرعًا وقانونًا لثلا يتضرر اللدائن أو المدين بنقل الدين إلى مكان أبعد يستوجب بعض النفقة والجهد والوقت. والحكم الذي جاءت به المادة: أن مكان الوفاه الذي يجب فيه هو المكان المحدد في العقد، أو مكان انعقاد العقد إن كان الشيء الملتزم به مما له حمل ومؤونة، أو المكان الذي كان فيه الشيء الملتزم به وقت انعقاد المقد.

وينبني ذلك على ترجيح مصلحة المدين والتيسير عليه في الوفاء بما التزم به، وهو ما لا تخرج عنه نصوص القوانين المدنية العربية؛ ففي المادة (٣٣٦) مدني أردني أنه: ١ - وإذا كان محل الالتزام شيئًا معينًا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجو ذا

⁽١) يستفاد حكمها من رد المحتار، جزء رابع نمرة: ٢٨٧.

فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال
 المدين إذا كان الالتزام متعلقًا بهذه الأعمال».

ويتفق ذلك مع المواد (٣٤٧) مدني مصري؛ (٤١٣) مدني كويتي، (٣٩٦) مدني عراقي، ونصها:

١ = ٤ إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها، وكان العقد مطلقًا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجد ذا فه وقت العقد.

 ٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله إذا كان الالتزام متعلقًا بهذه الأعمال ما لم يتفق
 على غير ذلك ٢.

الفَضِلُالثَّانِيْ

في المقاصة

 (مادة ٢٢٤) المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه(١٠).

تتناول هذه المادة تعريف المقاصة على النحو الذي ورد فيها. والمقاصة مصدر قاصه إذا كان له عليه دين مثل ما على صاحبه، فيجعل أحدهما في مقابلة الآخر، أي قصاصًا به. والحكم المترتب على المقاصة هو الإسقاط للدينين المتقابلين، ولهذا جرى تعريفها طبقًا لما جاء في المادة المذكورة بالإشارة إلى هذا الإسقاط الذي هو المقصود منها وأهم ما يترتب عليها، وبهذا تفيد المقاصة انقضاء الالتزام بأسلوب يختلف عن الوفاء به، وإن ترتب عليها ما يترتب على الوفاء المباشر. وبهذا فإن هناك طرقًا لانقضاء الالتزام؛ منها الوفاء به، وقد سبق التعرض لأحكامه في المواد السابقة. ومنها انقضاؤه بما يعادل الوفاء به، ويشمل ذلك في القوانين المدنية العربية كلَّ من:

- ١ المقاصة.
- ٢ التجديد.
- ٣ الإنابة في الوفاء.
 - ٤ اتحاد الذمة.

وبهذا فإن المقاصة طريق لانقضاء دينين متقابلين في ذمة شخصين، كل منهما دائن ومدين للآخر في الوقت نفسه بمقدار الأقل من الدين ألى فلو كان أحدهما مديناً في قرض بمائة لآخر، وباعه سلمًا بمائة وعشرة، سقطت مائة من الدينين بالمقاصة وبقيت عشرة. وبهذا تغيد المقاصة وفاءً للدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما، وهو المائة، بينما يبقى الجزء الباقي في ذمة المدين به، فالمقاصة أسلوب مزدوج للوفاء، تختلف طبيعته؛ إذ يتحقق بها الوفاء الكلي في الأقل من الدينين، ولا يتحقق بها سوى الوفاء الجزئي في الأكثر منهما؛ إذ يبقى ديناً ما يزيد عن الأقل.

⁽١) ليس مذكورًا لها مأخذ.

⁽٢) الوسيط للسنهوري : ٢/ ٩٧٣، والقوانين الفقهية لابن جزي ص : ٢٩٢، والخرشي : ٤/ ١٤٣، والموجبات في الشريعة الإسلامية، د. صبحى للحمصان : ٢/ ٥٠٤.

وليس هذا الحسب؛ إذ تفيد المقاصة الضمان كذلك، حتى لا يدخل أيهما في قسمة الغرماء بقدر الأقل من الدينين.

وتقدم المقاصة التصور الغني المعتمد في الفقه الإسلامي للوفاء بالديون؛ ذلك أنه لا يتصور في الذهن قبض الدين؛ لأنه عبارة عن مال حكمي في الذهة، أو عبارة عن الفعل، وكل ذلك لا يتصور فيه قبض حقيقة، فكان قبضه بقبض بدله، وهو قبض الدين، فتصبر العين المقبوضة مضمونة على القابض وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية، فيليقان قصاصًا. وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه أو من خلاف جنس؛ لأن المقاصة إنما تتحقق بالمعنى، وهو المالية، والأموال كلها – في معنى المالية – جنس، واحد.

وقد أدى هذا التصور الغني للوفاء بالديون واعتمادها على المقاصة إلى ضمور التمييز بين الطرق المختلفة لانقضاء الالتزام، في التحديد القانوني لهذه الطرق بالتمييز بين انقضاء الالتزام بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو انقضاء الالتزام دون وفاء. وهو ما ستأتي الإشارة إليه فما بعد.

 ♦ (هادة ۲۲۰) المقاصة نوعان: جبرية تحصل بنفس العقد، واختيارية تحصل بتراضي المتداننين^(۱).

تتناول هذا المادة التفريق بين قسمي المقاصة، وهما المقاصة الجبرية، والمقاصة الاختيارية.

وتقابل المقاصة الجبرية في الفقه الإسلامي المقاصة القانونية في الاصطلاح القانوني، وهي: أن يكون كلا الطرفين دائنًا ومدينًا للآخر، وأن يتماثل الدينان جنسًا ووصفًا واستحقاقًا وقوة وضعفًا وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير. فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن المقاصة الجبرية لا تقم، وإنما يجوز للطرفين أن يتفقا على إجرائها مهما كان اختلاف الدينين.

وهكذا فإن محل المقاصة الجبرية هو الدين، فلا تقع بين عينين، ولا بين عين ودينُ إلا إذا تحولت العين إلى دين، فإن تحولت جازت المقاصة بالدين الذي تحولت العين إليه. وقد ذهب الحنقية إلى أنه: لو كان الدينان متفاوتين في الجنس والوصف أو الأجل، أو كان

⁽١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٣١، ٢٣٢.

أحدهما مكسورًا والآخر صحيحًا لا تقع المقاصة الجبرية بينهما ما لم يتقاضَ المتداينان باختيارهما(١٠).

وقد جاءت المادة (٣٤٤) مدني أردني، بالتغريق بين أنواع المقاصة المختلفة، ونصها: «المقاصة إما جبرية، وتقع بقرة القانون، أو اختيارية تتم باتفاق الطرفين، أو قضائية وتتم بحكم المحكمة ». ويلاحظ إضافة نوع ثالث هو المقاصة القضائية التي تتم بحكم المحكمة بعد التقدم إليها من أحد الطرفين برغبت في إجراء المقاصة.

(مادة ٢٢٦) يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوة وضعفًا ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالًا والآخر مؤجلًا أو أحدهما قويًّا والآخر ضعفًا فلا يلتقيان قصاصًا إلا بتراضي المتناينين سواء اتحد سببهما أو اختلف".

تتناول هذه المادة شروط إجراء المقاصة الجبرية وتمسك المدين بها، ومن هذه الشروط اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوة وضعفًا، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية؛ لأن مبناها على الاعتياض والمبادلة، وهو جائز مع اختلاف الدينين في الجنس والوصف والقرة أو الضعف. وبهذا فإنه يشترط في المقاصة الجبرية أو القانونية (في اصطلاح القوانين العربية) ما يأتى:

١ - وجود دينين متقابلين لطرفين مختلفين، يكون كلٌّ منهما دائنًا ومدينًا للآخر.

٢ - تماثل الدينين واتحادهما جنسًا ووصفًا، بأن يكونا من نقد معين أو من المثليات
 المتشابهة، كالأرز والقمح والذرة وما إلى ذلك. ولا يمنع وقوع المقاصة الجبرية اختلافُ
 سبب الدين؛ كأن ينشأ أخدهما من يم والآخر من قرض أو إتلاف أو غير ذلك.

حلو الدينين من النزاع ووجوب الوفاء بهما عند حلول وقت الوفاء به. وبناء عليه
 لا تتحقق المقاصة إذا كان الوفاء بأحد الدينين معلقًا على شرط لم يقم.

 عطالبة أحد الدائنين بالمقاصة، إلا إذا اتفق الدينان أصلًا، أو حلًّا ممًا فتقع المقاصة نفسها دو ن طلب.

وقد جاءت هذه الشروط في المادة (٣٤٥) مدني أردني، ونصها: ﴿ يشترط في المقاصة

⁽١) بدائم الصنائع : ٥/ ٢٣٤، وحاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٣٩، ٢٤٠.

⁽٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٣١، ٢٣٢.

الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائنًا ومدينًا للآخر، وأن يتماثل الدينان جنسًا ووصفًا واستحقاقًا وقوة وضعفًا وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير ". وفي المادة (٢٤٦) من هذا القانون تنص على أنه: « يجوز أن تتم المقاصة الاتفاقية إذا لم يتوافر أحد شروط المقاصة الجبرية، سواء اتحد سبب الدينين أم اختلف ".

● (مادة ۲۲۷) إنما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين؛ فإن كان لأحدهما مائة ريال دينًا على الأحدهما مائة ريال دينًا على الآخر وللمديون مائة جنيه عليه وتقاصا يسقط من قيمة الجنيهات قصاصًا بقدر الريالات، ويبقى لصاحب الجنيهات ما بقى منها(١٠).

تتناول هذه المادة حكم إجراء المقاصة وما يترتب عليها، وهو انقضاء الالتزام في الدينين بقدر الأقل منهما، كما تقدم، وهي بهذا وفاء حكمي للدينين في الوقت نفسه في حدود القدر الأقل منهما، ويتصور بعض القانونيين المقاصة على أنها تفيد إيفاء دين واحد هو السابق منهما تاريخًا في مقابل اللاحق.

وتقابل هذه المادة ما جاء في المادة (٤١٣) مدني عراقي، ونصها: " تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ".

وفي المادة (٢٥٠) مدني أردني أنه: 3 تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها، وتقم بقدر الأقل من الدينين ».

● (مادة ۲۲۸) إذا كان للمستودع دين على صاحب الوديمة، والدين والوديمة من جنس واحد فلا تصير قصاصًا باللدين إلا إذا اجتمعا وتقاصا حالة كون الوديمة موجودة في يد الوديع حقيقة فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان الوديمة ويأخذها⁽¹⁾.

تتناول هذه المادة حالة من الحالات التي لا تُجري فيها المقاصة الجبرية رغم استيفاء شروطها، استثناء من الأصل الذي يوجب إجراء المقاصة إذا اجتمعت شروطها. وتتمثل هذه الحالة المستثناة المذكورة هنا فيما إذا كان للوديع دين على المودع فلا يجوز له الاستيلاء على الوديعة ولو كانت من جنس الدين، ولا يجبر المودع على ذلك، لكن لو رضي به أمكن إجراء المقاصة الاختيارية.

وتتفق القوانين العربية في النص على هذا الاستثناء اقتداءً بالمرشد، مما يدل على

⁽١، ٢) يستفاد حكمها من شرح الدر، جزء رابع نمرة : ٢٣١.

عمق تأثير مرشد الحيران في صياغات القوانين المدنية العربية الحديثة؛ إذ تتوارد المواد (٢١٠) مدني عراقي، على أنه: لو كان (٢٠٠) مدني عراقي، على أنه: لو كان للمودع لديه دين في ذمة المعير، فلا تقع المقاصة للمودع لديه دين في ذمة المعير، فلا تقع المقاصة القانونية (الجبرية في الاصطلاح الفقهي) بين الدينين. والقصد من الحكم بعمم إجراء المقاصة في هائين الحالتين أن الوديعة والعارية من عقود الأمانة التي أريد حمايتها والحفاظ على ثقة المتعاملين فيها.

وقد نص الأحناف على أنه إذا كان لرجل وديعة وللمودع على صاحب الوديعة دين هو من جنس الوديعة، لم تصر الوديعة قصاصًا بدين إلا إذا اجتمعا وتقاصًا، حالة كون الوديعة موجودة في يد الوديع حقيقة، فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان الوديعة ويأخذها (10. ويشبهه ما ذكره الزركشي من الشافعية في أنه: ٩ إذا كان لشخص على الفقير دين، فقال: جعلته عن زكاتي لا يجز به في الأصح حتى يقبضه، ثم يرده إليه إن ثناء كما لو كان له وديعة ١٩٠٥.

● (مادة ۲۲۹) إذا كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير العين قصاصًا في دينه إلا إذا تقاصا و كانت العين مقبوضة في يده، فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان العين المغصوبة ويأخذها (٣٠).

تتناول هذه المادة استثناء آخر من وجوب إجراء المقاصة رغم استيفاء شروطها، ويتمثل هذا الاستثناء فيما إذا كان للغاصب دين على المغصوب منه، واتفق المغصوب مع الدين في الجنس والوصف فلا تُجرى المقاصة بينهما إلا إذا رضي مالك المغصوب بإجرائها، وأمكنه وضع يده عليه؛ لثلا تكون هناك شبهة إجبار له على إجراء المقاصة في هذه الظروف. والقصد من هذا الاستثناء هو الحفاظ على حقوق الملك وإجبار الغاصب على رد المين المغصوبة إلى صاحبها أولاً قبل إجابته إلى طلبه بإجراء المقاصة؛ لما قد تنطوي على هذه الاستجابة من التشجيع على العدان الناس.

وقد تواردت القوانين العربية على التنويه بهذا الاستثناء مما يدل على عمق أثر المرشد

⁽١) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٣٩، والفتاوي الهندية : ٣/ ٢٣٠.

⁽٢) المنثور في القواعد للزركشي: ١/٣٩٦.

⁽٣) يستفاد حكمها من الأنقروية، جزء أول نمرة : ٣١١.

فيها؛ فالمادة (٤١٠) مدني عراقي تنص على أنه: ﴿ إِذَا كان للوديع دين على صاحب الوديعة ، والدين والوديعة من جنس واحله أو كان للغاصب دين على صاحب المين المغصوبة من جنسها، فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصًا باللدين إلا إِذَا تقاص الطرفان بالتراضي ». وهو ما جاء في المادة (٣٤٨) مدني أردني، ونصها:

إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة، أو كان للغاصب دين على صاحب العين
 المغصوبة، والدين من جنس الوديعة أو العين المغصوبة فلا تجرى المقاصة إلا باتفاق
 الطرفين ».

وهو ما جاء في المادة (٣٦٤ أ) مدني مصري.

وقد نص الحنفية على أنه إذا كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير العين قصاصًا في دينه، إلا إذا تقاصا، وكانت العين مقبوضة في يده، فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان العين المغصوبة ويأخذها⁽⁽⁾، وأخذ المغصوب منه العين في يده وإجرائه المقاصة عند ذلك قرينة على الرضا التام بالتقاص، لكن لا ينحصر الرضا التام في هذه الحالة، وإنما يمكن الاطمئنان إليه بأشكال أخرى.

...

♦ (عادة ٣٣٠) إذا أتلف الدائن عيناً من مال المديون وكانت من جنس الدين سقطت قصاصا وإن كانت من خلافه فلا تقع المقاصة بلا تراضيهما^(١٠).

تتناول هذه المادة حكم إجراء المقاصة فيما إذا أتلف الدائن عبنًا من أموال المدين، وفيه تفصيل ذكرتَهُ المادة: وهو أنه إذا كان المال الذي أتلفه الدائن من جنس الدين وقعت المقاصة الجبرية أو القانونية، وإن كان من خلاف جنسه أمكن إجراء المقاصة الاختيارية. وتجرى هذه المادة وفق الأحكام العامة للمقاصة الجبرية التي يشترط لإجرائها اتحاد الدينين في الجنس، بخلاف المقاصة الاختيارية التي لا يشترط فيها ذلك، ولا فائدة لهذا في النص على فرع تشمله الأحكام المتعوض عليها في المواد السابقة المتعلقة بتعريف المقاصة وبيان نوعها والأحكام المتعلقة بهما.

ومع ذلك فقد حذا كلٌّ من القانون المدني العراقي والأردني خَذْوَ المرشد، ونصها على إجراء المقاصة الجبرية فيما إذا نشأ الدين على الدائن بإتلافه مال المدين فيما لو اتفق جنس

⁽١) الفتاوي الهندية : ٣/ ٢٣٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٢٦٦.

⁽٢) يستفاد حكمها من الأنقر وية، جزء أول نمرة : ٣١١.

الدينين، أما لو اختلف جنسهما فلا تجرى سوى المقاصة الاختيارية. فالمادة (٤١١) مدني عراقي تنص على أنه * إذا أتلف الدائن عيناً من مأل المدين، وكانت من جنس الدين سقطت قصاصًا، وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما ». وتنص المادة (٣٤٩) على المعنى نفسه، فقد جاء فيها أنه: * إذا أتلف الدائن عيناً من مال المدين، وكانت من جنس الدين سقطت قصاصًا، فإن لم تكن من جنسه فلا تقع المقاصة إلا باتفاق الطرفين ».

ويدل هذا بوضوح على مدى تأثر هذين القانونين باتجاهات المرشد في الصياغة، ولا غضاضة في هذا من أي وجه.

● (مادة ٣٣١) إذا كان لكفيل المديون دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول
به فالدينان بلتقيان قصاصًا من غير رضاهما.

وإن كان من غير جنس الدين المكفول فلا يلتقيان قصاصًا إلا بتراضي الدائن المكفول له مع كفيل المديون لا مع المديون.

تتناول هذه المادة مسألة من مسائل المقاصة الجبرية، وهي إجراء هذه المقاصة في الكفالة. وقد نص الحنفية على التقاء الدينين قصاصًا إذا كانا من جنس واحد وكان أحدهما للكفيل بالدين والآخر للمكفول له. أما إذا كانا من جنسين مختلفين فلا تقع المقاصة بين الدينين إلا بتراضيهما. وليس هذا سوى تطبيق لشروط إجراء المقاصة الجبرية التي سبق بيانها. ولا حاجة إلى مزيد بيان في هذا.

الفَضِلُالثَّالِثُ

في الإبراء عن الدين

♦ (مادة ٣٣٧) الإبراء على نوعين: إبراء إسقاط وإبراء استيفاء؛ فإبراء الإسقاط: هو أن يبرئ الغريم مديونه من كل الدين ويسقطه عنه أو يحتط بعضه عن ذمته، وإبراء الاستيفاء: هو عبارة عن إقرار الدائن باستيفاء دينه الذي كان له في ذمة مدينه (١٠).

تتناول هذه المادة تعريف الإبراء، باعتباره صورة من صور انقضاء الالتزام دون وفاء. .

وأهم صور انقضاء الالتزام دون وفاء فيما تناولته القوانين المدنية العربية:

١ – الإبراء.

٢ - استحالة التنفيذ.
 ٣ - منع سماء الدعوى بمرور الزمان (التقادم).

والإبراء برجه العموم في اصطلاح الفقهاء هو: إسقاط أحد حقًّا له ثابتًا في ذمة آخر على سبيل المديونية. وينقسم الإبراء طبقًا لما جاء في المادة المذكورة إلى قسمين: إبراء الإسقاط، وإبراء الاستيفاء. والقسم الأول هو الجدير بالذكر تحت عنوان الإبراء الذي يتضمن معنى الإسقاط. أما النوع الآخر فلا إسقاط فيه، وإنما هو نوع من الإقرار والاعتراف بقيض الحق واستيفائه، وإنما التحق به لأن سبيلهما واحد، هو قطع النزاع وإنهاء الخصومة، فالمقصود منهما واحد، وإن اعتلف مفهومهما الله.

والإبراء بهذا التعريف الوارد في المادة المذكورة تصرُّفٌ يتم بالإرادة المنفردة للدائن، ولا يتوقف على إرادة المدين، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، فهؤلاء يرون أن الإبراء لا يحتاج إلى قبول، بناء على أنه إسقاط للحق، والإسقاطات لا تحتاج إلى قبول كإسقاط الشفعة والقصاص، والراجح في مذهب المالكية: أن الإبراء عقد أو اتفاق يحتاج إلى الإيجاب من الدائن والقبول من المدين. ويلاحظ أن الفقه الفرنسي يرى أن الإبراء عقد أو اتفاق يتم بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول من الطرفين.

ولا تتضمن القوانين المدنية العربية تعريف الإبراء، وإنما اتجهت إلى بيان حكمه وأثره

⁽١) يستفاد حكمها من الهندية، جزء ثان نمرة: ٢٩٠.

⁽٢) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٧٦، وفتح القدير : ٦/ ٣١٠.

باعتباره صورة من صور انقضاء الالتزام دون الوفاء به؛ فالعادة (٣٧٦) مدني مصري، تنص على أنه: (ينقضي الالتزام إذا أبر أالدائن مدينه مختارًا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده ». وبهذا فإنه ينعقد بإرادة متفردة، ولكنه لا يتم إلا برضا المدين، ويرتد برده، منتًا للحرج عنه، فإنه قد يتضرر بتبرع دائته له وإسقاطه حقه له. ويتفق هذا مع الراجع من مذهب المالكية والشافعية الذين برون توقف الإبراء على القبول، ورده بالرد من المدين.

وفي المادة (٤٤٥) مدني أردني أنه: ﴿ لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته ٤.

(مادة ۲۳۲) إذا اتصل بالصلح إبراء مخصوص بالمصالح عنه بأن قال: برئت عنه أو أنا برىء فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره(١٠٠).

تتناول هذه المادة ما يشمله الإبراء من حيث موضوعه وما ينصرف إليه، فإنه إذا لم يكن عامًّا وانصرف إلى أمر مخصوص لم يشمل ما سواه.

وقد نصت المادة على أنه إذا اتصل بالصلح على أمر معين لم يتصرف إلى غيره، ولا تسمع الدعوى فيما اصطلحا عليه وتسمع في غيره، والأصل في الفقه الإسلامي أنه إذا كان الإبراء خاصًا بشيء معين فلا تسمع الدعوى به أصلاء وتسمع في غيره. ويتصل هذا بقواعد تفسير إرادة العاقد وعباراته التي تحدد مقصوده وما انصرفت إليه مشيئته، إذ لا إلزام بدون التزام، طبقًا لما في القاعدة.

ولهذا فإنه لو أبرأه من دين معين لم يتجاوزه إلى غيره، ولا عن الديون المشابهة التي قد تنشأ في ذمة المدين في المستقبل. ويتبع ما عبر به عن مقصوده من الإبراء من حيث العموم والخصوص.

● (هادة ٢٣٤) من أبرأ شخصًا من حق له عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق.
تشير هذه المادة إلى حكم الإبراء، وهو سقوط الحق المبرأ عنه إن كان الحق مما يقبل الإسقاط. فيلزم في الحق المبرأ فيما نص عليه الفقهاء استجماع بعض الشروط، منها:

١ - أن يكون الحق المبرأ عنه معلومًا معينًا، فلا يصح الإبراء عن المجهول، كما لو قال:

⁽١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، شرح الدر، جزء رابع نمرة : ٢٣٣.

أبرأت كل مدين، أو كل أحد بكل حق لي.

٢ - أن يسبق ملك العبرئ للحق المبرأ منه؛ لأنه لا يصح تصرف الإنسان في ملك غيره دون إلانسان في ملك غيره دون إنابة منه؛ لأن الإبراء يفيد إسقاط حق قائم بالفعل، ولأن ما لم يوجد سبب الاستحقاق فيه ساقط أصلًا فلا معنى لإسقاط ما هو ساقط. فلا يجوز الإبراء عن نفقة زوجية لم ينشأ سبب وجوبها، والإبراء عن المتعة قبل الطلاق.

" - أن يكون الإبراء عن دين ثابت في الذمة. أما الإبراء عن العين فلا يصح؛ لأن الأعيان
 لا تقبل الإسقاط، فلا توصف بالبراءة، إلا إذا عنى به الإبراء عن المطالبة أو الدعوى.

ويسقط الحق المبرأ عنه إذا اجتمعت في هذا الحق الشروط المذكورة. وقد بينت المادة (٤٤٦) مدني أردني بعض شروط الحق المبرأ عنه، ونصها: * لا يصح الإبراء إلا من دين قائم، ولا يجوز عن دين مستقبل ، ويتضمن ذلك الإشارة إلى معلومية هذا الحق، وسبق ملكه من جهة المدئ.

...

(مادة ٢٣٥) يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلًا بالغًا أهلًا للتبرع(١).

توضح هذه المادة الشروط الواردة على المبرئ لصحة تصرفه، وأهمها: أن يكون عاقل بالنا أهلاً للتبرع؛ ذلك أن الإبراء نوع من التبرع؛ فيشترط في المتبرع أن يكون رشيدًا غير محجور عليه لسفه أو مديونية، كما تشترط ولايته على الحق المبرأ منه، بأن يكون مالكًا له أو وكيلًا في الإبراء أو فضوليًّا أجاز صاحب الحق إبراءه، والعبرة في ولاية المبرئ على الحق المبرأ منه هو ما في الواقع ونفس الأمر لا بما في الظن. فلو أبرأ عن شيء من مال أبيه، وهو يظنه حيًّا فتين موته، وانتقال هذا الشيء إلى ملك المبرئ صح إبراؤه؛ لأن المبرأ منه كان مملوكًا له عند صدور الإبراء.

ويشترط رضا المبرئ بالإبراء، فإبراء المكره والهازل لا يصح، وقد صرح الحنابلة أنه مما يشوب الرضا أن يعلم المدين وحده مقدار الدين، فيكتمه عن الدائن خوفًا من أن يستكثره فلا يبرته'''.

♦ (عادة ٢٣٦) إذا اتصل بالصلح إبراءٌ عامٌّ عن كافة الحقوق والدعاوي فلا تسمع على المبرأ

⁽١) يستفاد حكمها والتي بعدها من أوسط كتاب الصلح من الدر، وتكملة رد المحتار، نعرة : ٣١٣.

⁽٢) الموسوعة الفقهية، مادة و إبراء ٤.

دعوى في أي حق كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده(١).

تتناول هذه المادة حكم الإبراء العام بعد أن بينت المادة (٢٣٣) حكم الخاص، ويتحدد العموم والخصوص بالنظر إلى الصيغة التي عبر بها المبرئ عن إبرائه؛ فإذا أبراً عن دعوى شيء بعينه تقيدت به، وإن عبر عن إبرائه تعبيرًا عامًّا، كأن قال: أبرأته عن كل حق لي أو كل عن ودين، وكذا لو قال: هو بريء من كل حق ودين وعين لي، أو قال: أبرأتك من حقي. وحكم ذلك: أنه لو أبرأه إبراء عامًّا فلا تسمع دعوى المبرئ عن كل حق ولو غير مالي كالكفالة بالنفس والقذف والقصاص، وعن الحقوق المالية كالأثمان والأجرة وثمن المغضو حو الو ديعة والعاربة وما إلى ذلك "أنه المغضوت والو ديعة والعاربة وما إلى ذلك "أنه

ولو أبرأه إبراء عامًّا ثم قال: كان قصدي إبراءٌ خاصًّا، لم تسمع دعواه؛ لأنه لا رجوع في الإبراء.

ويتبع في تفسير عبارات المبرئ ما يتبع في تفسير إرادة المتعاقدين وعباراتهم.

(مادة ۲۳۷) إذا تعدد المبرؤون يلزم تعيينهم تعيينًا كافيًا⁽⁷⁾.

تتناول هذه المادة اشتراط تعيين المبرأ إذا تعدد من يتجه إليه الإبراء، وقد اتفق الفقهاء على اشتراط العلم بالعبر أ، فلا يصح الإبراء لمجهول، وكذلك يجب أن يكون معينًا؛ فلو أبرأ أحدٌ مدينيًه على التردد، بأن قال: أبرات واحدًا مِنْكُمًا مما عليه من حق أو دين لم يصح، خلافًا لمبضى العبر البابر إ⁰.

♦ (مادة ۲۲۸) حكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم.

لا جديد في هذه المادة سوى أنها تشير إلى أنه يصح الإبراء بعد قيام النزاع والصلح أو قبل قيام النزاع، ويتبع في ذلك العبارات التي تلفظ بها المبرئ إبراءه، من حيث العموم والخصوص، فيبر أعن كل دين إن كان الإبراء عامًا، ويبر أعما خص إبراءه به من الحقوق والدعاوي.

 ⁽١) يستفاد حكمها من التنوير في آخر فصل الهبة.
 (٢) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٧٠٠.

⁽٣) يستفاد حكمها من أوسط كتاب الإقرار من تنقيح الحامدية بالعزو إلى القنية ضمن جواب، نعرة : ٥٨. (٤) الفتاوي الهندية : ٢٠٤/٤، والخرشي : ١/ ٩٩، وجامع الفصولين : ١/ ١٦٥، وكشاف الفنام : ٢/ ٤٧٨.

 (مادة ٢٣٩) لا يتوقف الإبراء على قبول المديون لكن إذا رده قبل القبول ارتد، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته(١).

سق أن أو ضحنا اختلاف الفقهاء في اعتبار الإبراء إرادة منفردة ينعقد بعبارة المبرئ وحدها، أو أنه ينعقد بالإيجاب والقبول. وقد ذهب الحنفية مذهبًا وسطًا بين الحنابلة ومن وافقهم وبين المالكية، فذهبوا إلى اعتبار الإبراء إسقاطًا مبدئيًّا فلا يتوقف على قبول المدين، ولكنهم أضافوا أن الإبراء فيه معنى التمليك، وأوجبوا أن يرتد بالرد عند رفضه من جانب المدين، لكنهم أخذوا بأنه لا يصح رد الإبراء من الدين بعد قبو له(٢). ويحمى إعطاء المدين الحق في رد الإبراء مصالحه، ويدفع الضرر عنه، فإن المنة قد تعظم في الإبراء، ويضر ذلك بأصحاب المروءات، وهؤلاء الذين اعتبروا الإبراء عقدًا لا يتم إلا بقبوله من المدين قد قصدوا إلى حماية مصالح المدين كذلك.

وهذا التوسط الذي اتجه إليه الأحناف هو ما أخذت به القوانين المدنية العربية، ففي المادة (٣٧١) مدنى مصرى، أنه: ﴿ ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارًا، ويتم الإبراء إذا وصل إلى علم المدين، ويرتد برده ».

وفي المادة (٤٢٢) مدنى عراقي أنه:

١ - " لا يتوقف الإبراء على قبول المدين، لكن إذا رده قبل القبول ارتد. وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته.

٢ - ويصح إبراء الميت من دينه ٧.

€ (عادة ٢٤٠) يشترط لصحة البراءة رضاء ربِّ الدين فإن أكره إكراهًا معتمرًا على إبراء مدينه فلا تبرأ ذمته من الدين (٦).

تتناول هذه المادة الحكم باشتراط رضاء رب الدين ليصح إبراؤه؛ فإبراء المكره لا يصح كما تقدم؛ لأنه لا يصح مع الهزل لما فيه من الإقرار بفراغ الذمة فيؤثر فيه الإكراه. وقد سبق ذلك فلا نعيده.

⁽١) يستفاد حكمها من الفصل الرابع والثلاثين من أوسطه من هبة الدين وما يتصل به من جامع الفصولين، نمرة : ٢١٦. (٢) الفتاوي الهندية : ٤/ ٣٩٠، وحاشية ابن عابدين : ٤/ ٧١٧.

⁽٣) يستفاد حكمها من الأنقروية، جزء ثانٍ نمرة : ٣٢٣، والهندية، جزء ثانٍ نمرة : ١٤٣.

● (مادة ٢٤١) لا يصح إبراء المريض في مرض موته وارثة من الدين الذي له عليه أو من بعضه سواء كان على المريض دينٌ أم لم يكن^(١).

تتناول هذه المادة حكم إبراء المريض مرض الموت وارثه من دين عليه، وأنه لا يصح
منه ذلك. ويفيد منطوق المادة بطلان إبراء المريض مرض الموت وارثه من أي دين له عليه.
والحقيقة أن الحنابلة قد نصوا على أن حكم هذا الإبراء هو التوقف على إذن الورثة،
فإن أجازوه جاز وإن أبطلوه بطل. وينطبق ذلك على ما إذا كان الدين المبرأ منه أقل من ثلث
التركة، أو أكثر منه؛ ذلك أن تبرعات المريض مرض الموت والإبراء منها، تأخذ حكم
الوصية، والوصية للوارث لا تجوز إلا إذا أجازها الورثة.

♦ (مادة ۲۶۲) إذا أبرأ المريض في مرض موته غير وارثه من الدين الذي له عليه يعتبر ذلك من ثلث تركته بعد وفاء ما يكون عليه من الذين، وإن كانت التركة مستغرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الإبراء، وللغرماء مطالبة المديون بما عليه من الدين.

تتناول هذه المادة فرعًا آخر يتعلق بإبراء المريض مرض الموت مدينًا أجنبيًّا عنه غير وارث له، وحكم ذلك أن يصح هذا الإبراء في حدود ثلث تركة المبرئ، بعد استيفاء ديونه منها، وإن جاوز ثلث التركة لم يصح الإبراء فيما زاد عن ثلث التركة إلا بعد رضا الوارث وإجازتهم؛ لأن تبرعات المريض مرض الموت في حكم وصيته، فتنفذ للأجنبي في حدود ثلث التركة، دون توقف على إذن الورثة، وإن زادت عن الثلث توقفت في الزائد عن الثلث على إذن الورثة، وأن جازوا هذا الزائد جاز الإبراء بكامله، وإن لم يجيزوا نفذ الإبراء من الدين في حدود ثلث التركة بعد استيفاء ما عليها من ديون.

(مادة ۲۶۳) البراءة تفيد معنى التمليك فلا يصح تعليقها بالشرط فإن علق الدائن إبراء
 مدينه عن بعض الدين بشرط أداء البعض الآخر فلا يبرأ وإن أداه (").

تتناول هذه المادة الحكم بعدم صحة تعليق الإبراء بالشرط. والتعليق هو ربط وجود الشيء بوجود غيره، فهو مانع للانعقاد ما لم يحصل الشرط، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والرواية المنصوصة عن أحمد؛ وذلك لما في الإبراء من معنى التمليك، والتعليق مشروع في

⁽١) يستفاد حكم هذه المادة والتي بعدها من أوائل إقرار المريض من الدر وتكملة رد المحتار، نمرة : ١٥٤، ١٥٥.

⁽٢) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة : ٦٦٢، والخانية، نمرة : ٧٥.

الإسقاطات المحضة لا في التمليكات فإنها لا تقبل التعليق.

وفي حكم تعلق الإبراء بالشرط مذهبان آخران في الفقه الإسلامي، أولهما: جواز التعليق بالشرط المتعارف عليه، وعدم الجواز إذا لم يكن الشرط متعارفًا عليه. ويرجع هذا الرأي إلى قاعدة العرف التي تحكم تفسير عبارات المتعاملين. وبهذا فإن القاضي عند تفسيره صيغة الإبراء تلجأ لاستعمال الناس، ويتفق هذا الرأي، - رضم أن الجمهور على خلافه - مع القواعد العامة للفقه الإسلامي، فالعادة محكِّمة، واستعمالُ الناس حجةٌ يجب العمل بها، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

الآخر: جواز التعليق مطلقًا، وهو مذهب المالكية ورواية عن أحمد؛ وذلك لما في الإبراء من معنى الإسقاط. ولا يبعد هذا الرأي عن سابقه؛ فإن من علق شيئًا على وجود شيء فإن المتبادر إلى الذهن أنه رضي بوجود المعلق عند وجود المعلق به.

وينبني الرأي الأول الذي رجحته المادة على نوع من التحليل اللغوي والمعلي البعيد عن الواقع؛ ولذا حاول أصحابه التحلل من بعض نتائجه في الإبراء بالتغريق بين التعليق والتقييد؛ فالتعليق هو ربط وجود الشيء بوجود غيره، وهو مانع للانعقاد ما لم يحصل الشرط، أما التقييد فلا صلة له بالانعقاد، بل هو لتعديل بعض آثار العقد الأصلية، ويسمى الاقتران بالشرط، ولهذا جاءت بعض الصور المتشابهة مع اختلاف أحكامها بسبب اعتبارها تعليقًا أو تقييدًا.

وهذا هو السبب في اضطراب الحكم الوارد في هذه المادة عند مقارئته بالمثالين الواردين في المادتين التاليتين؛ ففي الأمثلة الثلاثة يريد الدائن حثَّ مدينه على تعجيل أداء دينه بالتنازل له عن شيء منه لقاء هذا التعجيل، لكن هذه المادة حكمت بعدم براءة المدين عن الجزء المبرأ منه، وإن عجل الأداء الذي أراده، وهذا مبنيٍّ على النظر إلى الصيغة التي نطق بها الدائن على أنها تعليق. أما لو نظرنا إلى أنها تقبيد يفيد تعديل آثار العقد الذي أراده، بمعنى أنه ذكر براءته أولا فتحققت، ثم فطن إلى وجوب تقبيد هذه البراءة بشرط معين هو أداء جزء من الدين، فإن البراءة تصح، وتعمل إرادة الدائن على النحو الذي تفيده عبارته، فإن أدى المدينُ البعضَ الذي اشترطه الدائن في الوقت المحدد له برئ من البعض الآخر، وإن لم يؤده في الوقت المحدد له لم يبرأ مما أبرأه ويعود الذين كله عليه، وليس هذا إلا بسبب النظر إلى العبارة الأولى على أنها تعليق وإلى العبارة الأخرى على أنها تعليق، وهذا الإخضاع لعبارات المتعاملين لمنطق التحليل اللغوي الذي تطور في بينات فكرية وثقافية معينة لا يقيد في تحديد قصور المتعاقدين وإراداتهم التي يلزم أن تخضع لأعراف الناس، وهو ما انتهى إليه الفقه الحنفي ذاته في قواعد إعمال العرف.

...

● (مادة ۲۶۲) إذا أبرأ الدائن مديونه عن بعض الدين إبراء مقيدًا بأداء الباقي منه في وقت معين وصرح بأنه إن لم يؤده في ذلك الوقت يبقى الدين عليه بحاله وفعل المديون ذلك وأدى الباقي في وقته برئ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقي عليه الدين كله^(۱).

تتناول هذه المادة الحكم بصحة تقييد الإبراء بالشرط على خلاف الحكم بعدم تعليق الإبراء بالشرط، وغم السدين على تعجيل الإبراء بالشرط، وغم السدين على تعجيل الإبراء بالشرط، وغم السدين على تعجيل أداء ما عليه بحط جزء منه لو حقق هذا التعجيل، وليس هذا إلا إعمالًا لقواعد منطقية أو لغوية تبلورت في بيثات ثقافية خاصة لا صلة لها بقصود المتعاقدين وإراداتهم التي ينبغي التغتيش فيها واستلهامها عند تفسير عباراتهم، وهو ما تؤكده قواعد تفسير هذه العبارات طبقًا لما أوردته المجلة العدلية في قواعد إعمال العرف، ولا تخرج القوانين المدنية العربية عن ذلك، وقد أفردت المواد (٢١٣ – ٢٣٨) من القانون المدني الأردني، قواعد تفسير عبارات المتعاقدين بالذكر، بإثبات ما جاء في المحبلة العدلية من ذلك؛ والأصل الذي ترجع إليه أكثر هذه القواعد: أن العبرة بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين، بمعنى أنه يجب الوقوف في تفسير المعقد عند الصبغ والعبارات الواردة لاستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن هذه المعاني إلى معاني أخرى أو احتمالات لا تخطر على بال قاتلها.

ويتجه ما جاء في هذه المادة إلى إعمال الإرادة الظاهرة للدائن الذي أراد تعجيل أداء الدين بإبراء المدين عن بعضه لو وفاه في وقت معين، وقد توصلت هذه المادة إلى هذا الحكم باعتبار الصيغة التي استعملها الدائن تقبيدًا لا تعليقًا، على خلاف المادة السابقة التي اتجهت إلى أن تعليق الإبراء بالشرط لا يصح. ورغم أنه لا فرق عندي بين التقبيد والتعليق في الأمثلة المذكورة، فإن من الواجب توضيح وجهة الأحناف في التغريق بين التقبيد والتعليق، سواء من حيث اللفظ أو المعنى.

أما اللفظ: فهو أن التقييد بالشرط لا تظهر فيه صورة الشرط، ولا تأتي فيه أداة الشرط، ومثاله أن يقول: أبر أتك على أن تفعل كذا، أو أبر أتك من عشر ما عليك بشرط أن تؤدي الباقي أول الشهر القادم، فهذا تقييد لا تعليق. أما التعليق: فتستعمل فيه أداة الشرط، كقوله: إن أدبت تسعمائة

⁽١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٦٦٢، والخانية نمرة : ٧٥.

مما عليك غدًا فأنت بريء من باقي الدين، وقدره مائة. وأما من حيث المعنى: ففي القييد
بالشرط الحكم ثابت في الحال على عرضية الزوال إن لم يوجد الشرط، فقد أثبت إبراءه من
عشر الدين إن فعل ما اشترطه، فالحكم وهو الإبراء ثابت في الحال مقيدًا بهذا الاشتراط، وهو
معرض للزوال إن لم يتحقق الشرط، وقد فرق بينهما الكاساني على وجه الإجمال والإيجاز
بقوله: * التعليق هو تعليق العقد، والقييد هو تعليق الفسخ بالشرط الأسلام، وقد ذهب إلى صحة
تقييد الإبراء بالشرط في الجملة فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وطبقًا لذلك
فإنه إذا أبرأه بشرط أداء البعض، كأن يقول: أبرأتك من نصف ما عليك إن أدبت النصف الأخر
اليوم صح الإبراء، ويبرأ المدين من نصف ما عليه لو أدى النصف الآخر في الوقت المحدد.
وكذا لو قال: أبرأتك من خصصمائه بشرط أن تعطيني الباقي خلال الشهر القادم.

♦ (عادة ٢٤٥) إذا حط الدائن عن مديونه بعض الدين على أن يجعل أداء الباقي له ولم يوقت للأداء وقتًا وقبل المديون ذلك فإنه يبرأ من الدين ولا يعود عليه سواء أدى الباقي أو لم يؤده (").

تتناول هذه المادة حكم الإبراء عن بعض الدين مقرونًا بالإشارة إلى أن أداء الباقي متروك لتقدير المدين ورأيه وظروفه، كأن يقول له: أبرأتك من نصف ما علبك، ولك أن تودي الباقي أو لا تؤديه فإن هذه الصيغة تفيد معنى الإبراء، ويبرأ من الدين كله، سواء أدى شيئًا منه أو لم يؤدَّة ذلك أن الفقهاء لا يشتر طون التعبير عن الإبراء بعبارات معينة؛ إذ تشمل الإسقاط والتعليك والتحليل والوضع والعفو والحط والترك أو غير ذلك من مثل قوله: ليس لي على فلان حق، أو تنازلت عما لي قِبَلَه، أو تخليت عن الحق أو تركته له، أو تركت أداءه له، فكإ ذلك يفيد معنى الإبراء وإسقاط الحق وعدم المطالبة به.

(هادة ٢٤٦) براءة الأصيل توجب براءة ذمة الكفيل (٣).

تتناول هذه المادة قضية سريان الإبراء من حيث الأشخاص؛ فإن الإبراء قد يشمل غير المبرأ نفسه، ويسري إلى غيره من الأشخاص. ومن ذلك أن يبرئ البائع المشتري عن بعض

 ⁽١) البحر الرائق : ٢/ ٢٠١، وكشاف القناع : ٢/ ٤٧٨، والدسوقي : ٢٧٧/٢، وحاشية قليوي وعميرة : ٢/ ٢٩٢، والموسوعة الفقهية الكويتية.

⁽٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٦٦٢، والخانية نمرة : ٧٠.

⁽٣) يستفاد حكمها من التنوير في الكفالة.

الثمن، فيستفيد الشفيع هو الآخر من هذا الإبراء إن صلح الباقي بعد الإبراء ثمنًا للمبيع، بخلاف ما لو أبرأه عن الأكثر ولم يصلح الباقي ثمنا للمبيع فلا يأخذ الشفيع الشفعة إلا بالثمن كله قبل الحط، وهذا هو مذهب الأحتاف، وذهب المالكية والشافعية إلى أن الإبراء لا يسرى إلى الشفيع، ولا يستفيد به صوى المشترى، أما الشفيع فيأخذ بالثمن كله، أو يترك (١٠٠٠).

ويتحقق سريان الإبراء في الكفالة؛ فإن إبراء الأصيل يسري إلى الكفيل، بخلاف إبراء الأصيل يسري إلى الكفيل، بخلاف إبراء الكفيل فإنه لا يسري إلى الأصيل، ويبرأ الكفيل وحده؛ لأن إبراء إسقاط لوثيقة الدين، وهو لا يقتضي سقوط الدين نفسه. وكذلك إن تكرر الكفلاء وتتابعوا فإن إبراء أحدهم يسري إلى من بتفده لأنه فرع له، لا إلى من قبله. وإنما لا يسري إبراء الدائن الكفيل إلى الأصيل إذا أبراء من الضمان والمطالبة. أما إن أبرأ الكفيل من الدين قان الإبراء يسري إلى الأصيل. وكذلك لو تكرر الكفلاء وتتابعوا فإن أبرأ الكفيل من الدين تعدى إلى الكفلاء الآخرين وإلى الأصيل أبيضًا. وهذا هو ما أوجزت العادة (٩٨٧) مدني أردني الإشارة إليه، ونصها: «تتهي الكفالة بأداء الدين أو تسليم الدين».

♦ (مادة ٧٤ ٢) إذا أبرأ الدائن أحد الكفيلين فلا يبرأ الأصيل ولا الكفيل الآخر (٢٠).

تدور هذه المادة هي الأخرى في فلك سابقتها، وتتناول موضوع سريان الإبراء على الخوص ألم بالمتها، وتتناول موضوع سريان الإبراء أشخاص آخرين غير المبرأ. وقد أثبت المادة السابقة هذا السريان على الكفيل الأخر إن تعدد الكفلاء وأبرأ الدائن أحدهم. ومحل ذلك: إن أبرأه من المطالبة والضمان، أما إن أبرأه من الدين نفسه فإن الإبراء يسري إلى مَنْ سواه من الكفلاء وإلى الأصيل نفسه. وهو ما لعله قد اتضح من التعليق على المادة السابقة؟

...

(مادة ۲۶۸) إذا أبرأ الدائن ذمة أحد المدينين المتكافلين فإنه بيراً عن دينه وعن دين الكفالة وبيرأ المديون الآخر عن دين الكفالة فقط ويبقى مطالبًا بما عليه من الدين أصالةً لرب الدد. (0).

تتعلق هذه المادة كذلك بموضوع سريان الإبراء على غير المبرأ من الأشخاص. ويتقيد

⁽١) فتح القدير : ٥/ ٢٧١، وحاشية الدسوقي : ٣/ ٤٩٥، والمغني : ٥/ ٢٥٩.

⁽٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين في الكفالة، نمرة : ٣٩٧.

⁽٣) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٧٦، والمغني : ٥/ ٢٩٥.

⁽٤) ليس مذكورًا مأخذُها.

هذا السريان فيما هو واضح بإرادة المبرئ ومقصوده وموضوع الإبراء الذي يقبل السريان ووقد لا يقبله وقلم المادة سريان الإبراء وانتقاله من شخص المبرأ إلى غيره إن كان موضوعه يتتبع هذا السريان. ولهذا فإنه إذا تعدد الكفلاء وأبرأ أحدهم من الضمان لم ينتقل الإبراء إلى غيره، لكن لو أبرأه من الدين، وقال: لاحقً له، أو لا دين لي، فإن هذا الإبراء ينتقل إلى غيره من الكفلاء وإلى الأصيل كذلك. ولعله قد اتضح بهذا توارد هذه المواد الثلاث الاخيرة على موضوع واحد هو سريان الإبراء في حق أشخاص آخرين غير المبرأ الذي توجه الإبراء إليه، وأن ذلك محكوم بطبيعة الحق المبرأ منه وبمقصود المبرئ وإرادته التي عبرً عنها، واستخدمها في الإعلان عن هذا المقصود.

● (مادة ۲٤٩) إذا تعدد الكفلاء المتكافلون وأبرأ الغريم أحدًا منهم سقط عنه الدين حتى إذا أدى أحدهم جميع الدين ورجع على أصحابه الذين كفل عنهم بأمرهم فليس له الرجوع على المبرؤ المبرؤ على المبرؤ على المبرؤ على المبرؤ على المبرؤ المبرأ بشيء ولو كان أصحابه معسرين والمبرأ موسرأ ا"نا.

لا تخرج هذه المادة عما سبق تناوله في موضوع سريان الإبراء إلى غير المبرأ من الأشخاص، فلا نعيد ماسبق ذكره في هذا الموضوع عند شرح المواد الثلاث السابقة.

⁽١) يستفاد حكمها من الدر آخر الكفالة.

الغَضِلُالزَائِجُ

في تجديد الدِّيْن

♦ (عادة ٢٥٠) يجوز فسخ عقد العداية الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتداينين. تتناول هذه العادة والعادتان التاليتان لها موضوعًا على قدر كبير من الأهمية، وهو موضوع تجديد الدين في الفقه الحنفي، وقد أبرز صاحب العرشد هذا العوضوع وبيته في هذه العواد الثلاث (٢٥٠ - ٢٥٠)، ويعني تجديد الدين طبقاً لتعريفه في هذه العادة و استبدال دَيْنٍ جديد بالدين الأصلي ع، وذلك بتراضي الدائن والعدين؛ وذلك كأن يكون زَيِّد عدينًا لبكرٍ بعشرين دينازًا أجرة منزل مملوك لبكر، فيتفق معه على إبقاء هذا الدين بذمته على سبيل القرض. ومن أمثلته طبقاً لما جاء في العادة (٢٧١) من مجلة الأحكام العدلية أنه: وإذا تكرر عقد البيح بتبديل الشمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثاني. فلو تبايع رجلان مالاً معلومًا بمائة وشمن ثم بعد انعقاد البيع تبايعا على ذلك المال بذهب من ذوات المائة أو بمائة وعشرة أو بتسعين قرشًا يعتبر العقد الثاني ٤٠ وفي العادة (٢٧١) من مجلة الأحكام الشرعية أنه: « لو عقدا به المثان عقداه في مدة خيار المجلس أو الشرط علانية بأكثر أو أقل فاللازم.

ويشترك تجديد الدين مع المقاصة واتحاد الذمة في كرنها أساليب لانقضاء الالتزام بمقابل يعادل الوفاء ويأخذ تُحكَمَّهُ. ففي تجديد الدين ينقضي التزام الدين الأول مقابل الالتزام الناشئ من الدين الجديد. والديون تقضى بما يقابلها في المقاصة، ونص القاعدة الفقهية في ذلك: أن الديون يقضى بأمثالها. واتحاد الذمة الذي يغلب وروده في الميراث يحقق الوفاء بمقابل حسبما يرد توضيحه في مناسبة.

وقد تناولت ما تناولته هذه المادة القوانينُ المدنيةُ العربية؛ ففي المادة (٣٥٣) مدني مصري، أنه * يتجدد الالتزام؛ أولاً: بتغيير المدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزامًا جديدًا، يختلف عنه في محله أو في مصدره. ثانيًا: بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينًا مكان المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد. ثالثًا: بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين أحنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد ، وهو ما جاء كذلك في المادتين

(٤٠٢ ، ٤٠١) مدنى عراقى.

 (مادة ٢٥١) إذا فسخ عقد المداينة الأولى وصار تجديده بعقد آخر سقط الدين الواجب بالمقد الأول وترتب على المدين دين جديد بالعقد الثاني(١٠).

الأثر الأساسي لتجديد الدين، طبقًا لهذه المادة، انقضاء الالتزام الناشئ عن العقد الأول مقابل إنشاء التزام جديد يحدده العقد الثاني؛ ذلك أنه إذا كان زيد مدينًا لبكر بمائة أجرة منزله، وانفقا على إنشاء قرض بهذا المبلغ فإن قيمة الإيجار تقضي، ويثبت القرض. ولهذا فإنهما لو كان الاتفاق في الإيجار على انتهائه إذا لم يف المستأجر بالأجرة فإنه لا حق للمؤجر في المطالبة بفسخ الإجارة؛ لأنه قد استوفى أجرته، ولم يعد له أن يطالب بها، وإنما يحق له أن يطالب بقيمة القرض، طبقًا لأحكام عقد القرض. وينقضي الالتزام في حق المدين الأصلى إذا اتقن مع دائنه على إحلال أجنبي محله في تحمل الدين، أو إذا تحول الدين إلى دائن آخر بالتراضي بين المدين والدائن الأصلى.

وهذا هو ما جاء كذلك في المادة (٣٥٦) مدنى مصري، ونصها:

 ١ - د يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن يحل مكانة النزام جديد.

٢ - ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلا بنص
 في الفانون، أو إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك ٤.
 وهو ما جاء كذلك في المواد (٤١١) كويتي، (٤٠٣) ٤ كا عراقي.

...

(مادة ٢٥٢) إذا كان الدين الأول مكفولًا وفسخ عقده وصار تجديده بعقد آخر بطلت الكفالة (المجدود) المجدود) المجدود (المجدود) الكفالة (المجدود) الكفالة (المجدود) المجدود (المجدود) الكفالة (المجدود) الكفالة (المجدود) المجدود (المجدود) المجدود (المجدود) الكفالة (المجدود) المجدود (المجدود) ال

تتناول هذه المادة ما يترتب على حلول الالتزام الجديد محل الالتزام الأصلي، وتقرر الحكم بانقضاء الالتزام الأصلي بكل شروطه وتوثقاته وكفالاته إلا إذا تجددت هذه التوثقات أو الكفالات في المقد الجديد كذلك. وتستمد عنصر الإلزام بها من ذكرها في المقد الجديد، لا من وجودها في المقد القديم.

⁽١) يستفاد حكمها من الخانية، جزء ثان نمرة : ٢١٨.

⁽٢) يستفاد حكمها من الحامدية في الكفالة، نمرة: ٢٨٨.

الغَضِلُكُامِسُ

في فسخ العقد المترتب عليه الالتزام

(مادة ۲۰۳) إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية بخيار من الخيارات
 أو بسبب من الأسباب الموجبة لفسخه بطل الالتزام الذي كان مترتبًا عليه فلا يلزم تسليم
 البدل الذي وجب عليه بالعقد للبائع وإن كان سلمه إليه فله استرداده(١٠).

تتناول هذه المادة حالة انتهاء الالتزام لبطلان سببه المنشئ، بفسخه إذا كان عقدًا لأي سبب من الأسباب التي توجب فسخه، للرجوع في الإقدام على العقد باستعمال حقه في الخيار، وإنما ينقضي الحق في هذه الأحوال لانتهاء وجوده الذي كان على وشك التحقق. وهذه المادة مقحمة في السياق الخاص بتناول أساليب الوفاء بالحقوق بعد تمام نشأتها وقيام الالتزام بها. أما هنا فالحقُّ لم يكتمل وجوبه، ولم يتم الالتزام به، فلا يتحمل الوفاء به.

♦ (مادة ٢٥٤) إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات المالية وهو في يد صاحبه بطل العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بآفة سماوية ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه (١٠).

تتناول هذه المادة فرعًا من أفرع انقضاء الالتزام دون الوفاه به، وعنوان هذا الفرع فيما جرت عليه القوانين المدنية العربية: استحالة التنفيذ. ومعناه أن قد لزم الحكم بانقضاء الالتزام لعدم إمكان القيام به. وإنما ينقضي الالتزام على أساس من هذا السبب إذا اجتمع الشرطان التالمان:

 استحالة التنفيذ وليس مجرد صعوبته، فلو كان تنفيذ الالتزام ممكنًا، لكنه مرهن للمدين فإن الالتزام لا ينقضي.

أن تكون الاستحالة دائمة لا مؤقتة. ولذا فإن الاستحالة الدائمة التي ينقضي بها الالتزام
 هي التي تطرأ بعد نشوته؛ إذ لا يتصور نشوء التزام تستحيل نشأته.

ولا تفرق هذه المادة في انقضاء الالتزام لاستحالة التفيذ بين أن يكون ذلك بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وبين أن تنشأ هذه الاستحالة بسبب من جهته.

⁽١) يستفاد حكمها من حاشية أبي السعود على متلا مسكين، جزء ثالث نعرة : ١١، ومن الحامدية، جزء أول نعرة : ٢٨٨. (٢) ليس مذكورًا لما مأخذ.

ومن هذا فإنه إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات المالية، وهو في يد صاحبه بطل العقد، ووجب عليه رد العوض الذي قدمه لصاحبه.

وقد جاء في المادة (٣٧٣) مدني مصري أنه * يقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب لا يَدُ له فيه *. وتشير هذه المادة إلى نوع من التفريق بين قيام هذه الاستحالة بسبب من جهته أو بسبب لا يَدُ له فيه، وأنها تقصر انقضاء الالتزام على تحقق الاستحالة بسبب أجني لا يَدُ له فيه.

وهو ما جاء كذلك في المادة (٤٨) ، مدني أردني، ونصها: « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن: « استحالة التنفيذ سبب لانقضاء الحق، متى أثبت المدين أن الوقاء به قد أصبح مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه، وهو حكم تقتضيه طبيعة الأشياء. ويتضح من النص أنه يتعين أن يُحْبِث أن التنفيذ قد أصبح مستحيلًا، وأن هذه الاستحالة ترجم إلى سبب لا يد للمدين فيه. ويجب أولًا أن ينشأ الحق ممكنًا، لأن الاستحالة لا ترد على شيء ليس موجودًا، وإذا كان تنفيذه مثل البداية مستحيلًا فإنه لا ينشأ أصلًا، ويكون العقد الذي رتبه باطلاء الانعدام محله، ويجب أن تكون الاستحالة فعلية أو قانونية. ومن المقرر أن التعهد بنقل حق عيني إذا وقع على عين ثم هلكت العين فإن التنفيذ يصبح مستحيلًا، وكذلك إذا وقع العقد على منفعة وهلكت (المادتان ٢٥٤، ٢٥٥ من المرشد) وهما تطبيق للآثار المترتبة على انقضاء الحق وللقاعدة التي تضمنها المشروع، ويتحول الحق إلى العوض ١٠٤٠.

ويترنب على استحالة تنفيذ الالتزام انقضاؤه بحيث تبرأ ذمة المدين تمامًا حتى لا يحق للدائن مطالبته بأي تعويض.

♦ (مادة ٢٥٥) إذا كان عقد المعاوضة واردًا على منافع الأعيان المالية وفاتت المنفعة (**) المقصودة بهلاك العين المنتفع بها سقط الأجر كله عن المنتفع سواء فسخ العقد أو لاء وإن كان قد عجل شيئًا منه فله استرداد ما عجله زائدًا على أجرة المدة السابقة على هلاك العين (**).

⁽١) المواد (٢٩٣ - ٢٩٧) و (٩٩١ - ٦١١) من المجلة العدلية.

 ⁽٢) في طبعة دار الفرجاني (المفعة) والمثبت هو الصحيح.

 ⁽٣) يستفاد حكمها من ابن عابدين في البيع، نمرة: ٥٧.

ينقضي الالتزام باستحالة تنفيذه فيما تناولته هذه المادة. ولا يرد الالتزام هنا على العين الذي تناولته المادة السابقة، وإنما يرد الالتزام في هذه المادة على المنفعة التي فاتت بهلاك المين المتعلقة بها. فإذا كان العقد عقد إيجار وفاتت العين المأجورة فإن الالتزام ينقضي، ولا يطالب المؤجر بنوفر عين بديلة لها.

...

الفَصِٰلُالسِّادِسُ

فى حكم مرور الزمان

(مادة ٢٥٦) دعوى الدين أيًّا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها - من غير عفر شرع - خمس عشرة سنة، فإن تركها المدعي بعذر بأن كان غائبًا مسافة القصر أو كان صبيًّا أو مجنونًا وليس له ولي أو وصي فإنها تسمع ما لم تمض هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره أو بلوغ القاصر رشيدًا أو إفاقة المجنون من جونه (١٠).

يتناول هذا الفصل فرعًا خاصًا من فروع انقضاء الالتزام دون وفاء، والتي سبق إيراد بعضها، مما يتعلق بالإبراء واستحالة التنفيذ. وتأخذ أكثر الفوانين المدنية العربية بفكرة التقادم ومرور الزمان المسقطة للحق، وتقوم هذه الفكرة على اعتبارات عملية تتعلق باحترام الأوضاع القائمة وصعوبات الاحتفاظ بوسائل إثباتها مع مضي الزمان، وافتراض أن الشك يثور في دعوى بحق لم يتقدم بها صاحبها مدة التقادم المسقط للحق في تحريك الدعوى.

ولا تتناول هذه المادة المبدأ السائد في الفقه الإسلامي، وهو أن الحق لا ينقضي بمرور الزمان، طبقًا لما هو مقرر في سنة النبي ﷺ فإن الحق قديم وإن الحق لا يبطله شيء ""، وإنما تقضى هذه المادة بممجرد المنع من سماع الدعوى عند إنكارها؛ أما لو أقر المدعى عليه بالحق محل الدعوى فإنها تسمع ويقضى له بالحق. وإنما لا تسمع الدعوى عند الإنكار طبقًا لما جاءت به هذه المادة باستجماع ما يلى:

١ - مرور خمس عشرة سنة من وقت نشوء الحق الذي يطالب به المدعي في دعواه.

حدم قيام عذر شرعي يقطع هذه المدة، كالغياب مدة طويلة، وكأن يكون المدعي
 عند نشوء الحق صبيًّا أو مجنونًا وليس له ولي و لا وصى.

ويستند المنع من سماع الدعوى في الفقه الإسلامي إلى أن ولاية القضاء تحتمل التخصيص بالزمان والمكان، وإلى قرينة الإيفاء المستنتجة من السكوت على الحق وقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود أو موتهم.

ويلاحظ أن مدة التقادم في القانون الفرنسي ثلاثون سنة، وهي محل انتقاد الكثيرين،

⁽١) يستفاد حكمها من شرح الدر في الإجارة، نمرة : ٣٠٥، ٣٠٨.

⁽٢) سنن البيهقي الكبرى: ١١٩/١٠ برقم (٢٠١٥٩).

وهي في بعض القوانين أقصر من المدة المحددة في هذه المادة. والاتجاه في أكثر القوانين العربية إلى الأخذ بمدة الخمس عشرة سنة لإثبات التقادم؛ ففي المادة (٣٧٤) مدني مصري أنه ا يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نفس خاص في القانون ». وتنص المادة (٤٣٩) عراقي على أن ا الدعوى بالتزام أيًا كان سببه لا تسمع على المذكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة ». وفي المادة (٤٣٩) كويتي أنه: « لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة مسة ...

(مادة ۲۰۷) الاستحقاق في الوقف من قبيل الملك المطلق فلا تسمع دعوى المستحق
 باستحقاقه على ناظر الوقف إذا تركها من غير عذر خمس عشرة سنة.

تتناول هذه المادة بالتحديد المدة المقررة للمنع من سماع الدعوى المتعلقة بالاستحقاق في الوقف، وتنطق عليها مدة المنع من سماع الدعوى في الحقوق الشخصية والأموال إذا تركها خمس عشرة سنة بلا عذر.

 (مادة ۲۰۸) يعتبر ابتداء المدة المقررة لعنم سماع دعوى الدين المؤجل من تاريخ
 حلول الأجل لا من تاريخ عقد الدين - ويعتبر مبدأ المدة المذكورة في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو من تاريخ موت أحد الزوجين(٠٠).

تتناول هذه المادة بده سريان المدة المقررة للمنع من سماع وتقضي بأنه لا يبدأ سريانها إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء. ولذا فإن السريان يبدأ في الدين المؤجل من تاريخ حلول أجل الدين واستحقاق المطالبة بأدائه، كما أنها تبدأ في السريان في دعاوي المهر المؤجل من الوقت الذي تستحقه فيه الزوجة، وذلك بوقوع الطلاق أو تاريخ موت أحد الزوجين، فإن المهر المؤجل لا يحل الوفاء به إلا بأي من ذلك.

وهذا هو ما جاء في المادة (٣٨١) مدنى مصري، ونصها:

١ - « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الوفاء.

٢ - وبهذا لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي

⁽١) انظر الهامشة التي بأسفل صحيفة نمرة : ٤٧.

يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.

 وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفًا على إرادة الدائن سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته ٤.

...

 (مادة ۲۰۹) كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته.

تحسب مدة التقادم طبقًا لما جاء في هذه المادة بالنسبة لكلَّ من السلف والخلف ممًا، بحيث تضم مدة كل منهما إلى الأخرى، ولا تسمع الدعوى إذا بلغ مجموع المدتين المدة المقررة للمنع من سماع الدعوى. وهو ما جاء كذلك في المادة (١٦٧٠) من المجلة العدلية، وقد نصت هذه المادة على أنه لا تسمع الدعوى إذا تركها المورث مدة وتركها الوارث مدة، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان.

ويتطابق ذلك مع ما جاء في المادة (٤٣٢) عراقي، والمادة (٤٥٥) مدني أردني.

● (مادة ۲۱۰) إنما تعتبر المطالبة في مجلس القضاء لا في غيره فإن طالب الداتن غريمه في مجلس القضاء ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها - وإن طالبه في غير مجلس القضاء مرازًا فلا تعتبر مطالبته ولا تسمع دعواه بعد مضى المدة المذكورة(١٠٠٠).

تقرر هذه المادة انقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى بمجرد المطالبة القضائية أو باتخاذ أي إجراء قضائي يقوم به الدائن المتمسك بحقه أثناء سريانها. وعلة ذلك أن هذه المطالبة القضائية تقطع بإعلان الدائن عن سعيه للوصول إلى حقه والمطالبة به. وتكفي هذه المطالبة القضائية لقطع مرور الزمان مهما طال أمد نظر الدعوى في المحكمة. ويشمل ذلك قيام الدائن بأي عمل يدل على تمسكه بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، كما لو تدخل الدائن للتمسك بحقه في دعوى مرفوعة على المدين من أي شخص آخر.

وتدل هذه المادة على أن المطالبة غير القضائية لا تقطع مرور الزمان، كأن يتوعد برفع الأمر للقضاء أو يكتب إليه خطابًا بذلك فإن هذا لا يكفي لوقف سريان مدة التقادم. وهكذا

⁽١) تستفاد أحكام هذه المواد الستة من ابن عابدين في وظيفة القاضي، نمرة: ٤٧٥ و ما بعدها، ويستفاد حكم (المادة ٢٥٧) من ابن عابدين على الحامدية، كتاب الوقف وجه (٢٧٦).

فإنه لو طالبه قرارًا في غير مجلس القضاء لم تعتبر مطالبته ولم يتوقف سريان المدة المقررة للمنع من سماع الدعوى.

وهذا هو ما جاء في المادة (١٦٦٦) من المجلة العدلية، وهو ما جاء كذلك في المادة (٢٠٠) مدني أردني، ونصها: « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه ».

...

 (عادة ۲۱۱) إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورّثهم من غير عذر خمس عشرة سنة وكان لباقي الورثة عذر بأن كان قاصرًا فبلغ رشيدًا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته التي تخصه من الدين.

ينقطع سريان المدة المقررة للمنع من سماع الدعوى بوجود أي عذر يمنع الدائن من مطالبة المدين بحقه، ويتنوع هذا العذر؛ فقد يكون ماديًّا كنفوذ الدائن وسلطانه، وقد يكون معنويًّا أدبيًّا؛ كقيام علاقة بين الدائن والمدين تجعل الدائن يشعر بحرج شديد في رفع الأمر للقضاء، كعلاقة الزوجية، وقد يرجع العذر إلى الدائن نفسه وظروفه التي تمنعه من المطالبة القضائية بحقه، مثار نقصر أهليته أو نمته.

ويفيد هذا أن عدم وجود عذر في حق أحد الدائنين لا يعني نفيه في حق غيره، فالعذر المانين من سريان مدة التقادم وينتفي وجوده بانتفائه في حق أحد الدائنين. وإذا ترك بعض الورثة المطالبة بحقهم مدة التقادم، ويرهن بعضهم الآخر على انقطاع سريان مدة التقادم في حقيم بقص أهليتهم أو لغيابهم أو لأي عذر آخر قبلت الدعوى منهم.

كتاب العقود على العموم





♦ (مادة ٢٦٢) العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر(١).

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تعريف العقد في بداية حديثه عن أحكام العقد. والعقود جمع عقد، يقال: عقدت على قلبي أي ألزمته وعزمت عليه، ولقلب المحبَّ حَلَّ وعَقَدُ أَيُّ نقضٌ وإبرامٌ فيما يُعزَم عليه، وفي المُغْرِب: عقد الحبل عقدًا وهي العقدة، ومنها عقدة النكاح، والمَقَدُّ: العهد، وعاقده: عاهده، وقرئ: * والذين عاقدتُ أيمانكم * وعقدت وعقّدت، وهم موالي الموالاة، وكانوا يتماسحون بالأيدي، ومَفِقدُ العز: موضعُ عقده وتقديم القاف تصحف، واعتقد مالاً اتخذه، تأثله.

والعقد عندنا يقتضي ارتباط الكلام بالكلام على وجه، يتعلق بهما حكم. وكل العقود الركُن فيها الإيجابُ، ولكن بعض العقود لا يلزم فيها القبول استحسانًا، وإن كانت لازمة قياسًا؛ فالبيع والإجارة لا بد فيهما من الإيجاب والقبول، وأما الكفالة فالركن فيها الإيجاب والقبول؛ الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: يطلق العقد في اللغة: ويراد به: الربط ضد الحل، ويطلق أيضًا ويراد به: الضيان والعهد، والمعاقد: المعاهد، وتعاقدوا: تعاهدوا.

وشرعًا هو: الارتباط بين الإيجاب والقبول على وجه يظهر أثره في المحل.

وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

... باطل: وهو ما حصل في أصله ما يوجب بطلانه، بأن فقد شرطًا من شرائط الانعقاد. وهذا القسم لا يترتب عليه حكم

وفاسد: وهو ما حصل في وصفه ما يوجب فساده بأن فقد شرطًا من شرائط صحته، كجهالة المبيع مثلًا. ويترتب على هذا العقد الملك بالقبض فيكون مضمو نًا عليه يقيمت.

وصحيح: وهو ما لم يطرأ عليه ما يوجب بطلانه ولا فساده بأن استوق جهع شرائط انمقاده وشرائط صحت. وهذا الأخير عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر أولًا من كلام أحد المتعاقدين بقبول الآخر الصادر ثانيًا على وجه يترتب ويثبت أثره في المفود عليه.

والمترتب على العقد هو: التزام كل من المتعاقدين بها تعهد به ووجب بالعقد للآخر، فالييم مثلًا يترتب عليه نقل ملكية المبيم للمشتري والتزام المشتري بالثمن للبائم. أبي يوسف الآخر. وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب، فأما القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي.

والهبة ركنها الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانًا. والقباس أن يكون ركنًا، وهو قول زُفّر. والعارية ركنها الإيجاب من المعير، وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانًا، والقياس أن يكون ركنًا، وهو قول زُفّر. والقرض ركنه الإيجاب، والقبول، والإيجاب قول المقرض: أقرضتك هذا الشيء، أو خذ هذا الشيء قرضًا، ونحو ذلك. والقبول هو أن يقول المستقرض: استقرضتُ، أو قبلت، أو رضيت، أو ما يجري هذا المجرى، وهذا قول محمد، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف. وروي عن أبي يوسف أخرى: أن الركن فيه الإيجاب. والعقود التي يكون القبول ركنًا من أركانها فلا بد أن يكون هذا القبول موافقًا للإيجاب؛ فمثلًا: لا بد أن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبِّل عَيْر ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أرجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدإ موافق.

والمقد إن توفرت فيه كافة الأركان وشروط الانمقاد والنفاذ والصحة واللزوم يترتب عليه التزام كل واحد من الماقدين بما وجب به للآخر.

والعقود باعتبار كونها لازمة وغير لازمة تنقسم إلى: عقود تكون لازمة من الجانبين، وعقود تكون جائزة من الجانبين، وعقود تكون جائزة من أحد الجانبين فقط. فأما الأول؛ فئه البيع والسلم، وأما الثاني؛ فمنه الوصية والعارية، والثالث؛ منه الرهن؛ جائز من جانب المرتهن ولازم من جانب الراهن بعد القبض، والثالث؛ ومنه الكفالة جائزة من المطالب لازمة من جانب الكفيل.

وهي - أي العقود - على أربعة أقسام: صحيح: وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم - بنفسه إذا خلا عن الموانع، وياطل: وهو غير مشروع أصلاً، وفاسد: وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القيض، وموقوف: وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنم تمامه لأجل غيره وهو بيم ملك الغير.

والاصل أن العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم؛ لأن صفة الفساد لا تمنع انعقاد أصل العقد، بل تدل على انعقاده. فإن قام الوصف بالموصوف، فإن الصفة تبع، وبانعدام التبع لا ينعدم الأصل، ثم العقود الشرعية لا تنعقد إلا مفيدة للحكم في الحال، أو في الثاني، ولا يمكن تعرف حكم العقد الفاسد من نفسه؛ لأن الشرع لم يرد بالإذن فيه، فلا بد من أن يتعرف حكمه من الجائز، و لأن الحكم يضاف إلى أصل المقد لا إلى صفة الجواز، والذي يتعلق بصفة الجواز لزوم العقد بنفسه وذلك لا يثبت مع الفساد.

والعقد الفاسد يستحق فسخه ورده لأن مباشرته معصية، والإصرار على المعصية معصية. فلهذا قال ﷺ: 9 أَرْبَيْتُمَّا قَرْدًا ، ولم يعاتبهما على ما صنعا؛ لأن نزول تحريم الربا كان يومتذ لم يكن اشتهر بعد، فعذرهما بالجهل به.

والفاسد أعم من الباطل؛ لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله، والباطل غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع المسروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه بوحله منهما أنه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أنه يقال حقيقةً على الباطل، لكن الذي يقتضيه كلام الفقه والأصول أنه يباينه؛ فإنهم قالوا: إن حكم الفاصد إفادة الملك بطريقه، والباطل لا يفيد أصلاً فقابلوه أو أعطوه حكمًا يباين حكمه، وهو دليل تباينهما. وأيقا فإنه مأخوذ في مفهومه أو لازم أنه مشروع بأصله فبينهما تباينها فإن مشروع بأصله فبينهما تباين؛ فإن المشروع بأصله ولا يتصادقان؟ اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركًا بين الأعم والأخص المشروع متاينان فكيف يتصادقان؟ اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد في الأعم؛ لأنه خيرً من الاشتراك، وهو حقيقةً فيه باعتبار المعنى اللغوي، ولهذا وجه بعضهم في الأعم؛ لأنه خيرً من الاشتراك، وهو حقيقةً فيه باعتبار المعنى اللغوي، ولهذا وجه بعضهم الأعليّة بأنه يقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس: بَطلً اللحم، وإذا أنتن وصف مجاور.

**

(مادة ٢٦٣) يصبح أن يرد المقد على الأعيان منقولة كانت أو عقارًا لتمليكها بعوض أو بغير عوض('').

تكلم المؤلف في هذه المادة عن ورود العقد على الأعيان لتملكها وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تعريف العقد.

ذلك أن المعقود عليه إما أن يكون عينًا وإما أن يكون منفعة، وهذا في عقود التملكات سواء كانت بِعِوْض أو بغير عِوْض. وهبناك عقود لحفظ العين وعقود خاصة لاستهلاكها وردًّ

⁽١) قال الشيخ عمد زيد الإبياني: المقود ليست كلها بمعنى واحد، بل كل عقد له معنى خاصٌّ به، فبجوز أن يرد المقد على نفس الأعيان سواء كانت من المقولات أو من المقار لأجل تمليكها بموض وهذا العقد يسمى بيمًا.

ويجوز أن يرد على الأعيان منقولة كانت أو عقارًا لتمليكها بغير عوض في الحال ويسمى هبة أو في المآل ويسمى وصية.

بدلها، وتتناول هذه المادة العقود الخاصة بالأعيان لتملكها، سواء كانت منقولة أو عقارات تملك بِعِوَض كالبيع والهبة بشرط العوض وتملك بغير عوض كالهبة بغير عوض، وهذا في حال الحياة وأما إذا أضيف إلى ما بعد الموت فكالوصية.

♦ (مادة ٢٦٤) يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها.
 قَضًا ورد دللها\(''\).

تكلم المولف في هذه المادة عن ورود العقد على حفظ الأعيان أو لاستهلاكها بالانتفاع بها ورد بدلها، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن ورود العقد على الأعيان لتملكها. والإنسان قد يحتاج الى حفظ أعيانه فشرع الشارع الحكيم لهذه الحاجة عقد الوديمة.

والإيداع: هو تسليط الغير على حفظ ماله الذي يتركه عند الأمين، والإيداع عقد جائز؛
لانه تصرف من المالك في ملكه، وقد يحتاج إليه عند إرادة السفر، والحاج يحتاج إلى إيداع
بعض ماله في كل موضع؛ لينتفع به إذا رجع، والمودع مندوب إلى القبول شرعًا؛ لما فيه من
الإعانة على البر. قال الله تعالى: ﴿ وَتَعَارُونُوا عَلَى القِرْ وَالْقَيْرَى ﴾ [المائدة: ٢]. وقال ﷺ: ووالله
في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه ع^ص (وبعد القبول، عليه أداء ما التزم، وهو الحفظ،
حتى يؤديها إلى صاحبها؛ لقوله تعالى: ﴿ إِنَّالْتَة يُأْمُرُمُ إِنَّ كُونُوا الْأَكْتَتِ إِلَّ الْمَلْقَ ﴾ [الساء: ٨٥].
وقد قبل في سبب النزول: إن المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبي طلحة؛ لأنه حين
أذاه به قال: خذه بأمانة الله تعالى، ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة. قال ﷺ: و مالتمن
أمانة فليؤدها ، وقال ﷺ: و مالامة المنافق، وإذا التمن خان عالى الرجه الذي يحفظ به مال نفسه؛
عما هو من علامة المنافق، وذلك بأن يحفظ الوديعة على الرجه الذي يحفظ به مال نفسه؛
في بيته، أو صندوقه؛ لأنه وعد لصاحبها ذلك، وخلف الوعد مذمومً، وإذا ترك
الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم، والغرور في حق صاحبها، وذلك حرام.
وأما العفود الواردة على استهلاك الأعيان للاتفاع بها وردً مثلك وذك يكون بالقرض.

⁽۱) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: قد يرد العقد على نفس العين لاستهلاكها ورد مثلها ويسمى قرضًا، وتارة يرد على العين لحفظها ويسمى وديعة. وسيائي تعريف كل عقد وحكمه وشروطه في عمله.

⁽۲) صحيح مسلم: ٤/ ٢٠٧٤ برقم (٢٦٩٩). (۲) سنن أن داود: ٢/ ٢٩٠ برقم (٣٥٣٥).

⁽٤) صحيح مسلم: ١/ ٧٨ برقم (٥٩).

وشرع مذا العقد الأن الناس قداحتاجوا في معاشهم إلى استهلاك أعيان ورَدَّ مثلها أو قيمتها في أوقات متأخرة عن استهلاكهم، فشرع لهم القرض فالقرض شرع لحاجة الناس، وهو عقد مخصوص يَرِدُ على دفع مال مثلي لآخر ليَّرُدَّ مثله، وعليه فلا بد من استهلاك العين المقرضة وردِّ مثلها إن كان لها مِثْل، وذلك بخلاف عقد الإعارة؛ لأن الإعارة لما كانت تعليك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين، ولا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها، ولا سبيل إلى خلك إلى بالتصرف في العين لا في المنفعة، ولا يمكن اعتبارها إعارة حقيقية، فتصحح قرضًا مجازً الوجود معنى الإعارة فهو مجاز.

فعارية الثمنيّن والمَكيّل والموزون والمعدود والمتقارب عند الإطلاق قرضٌ، ضرورةً استهلاك عينها، فيضمن المستميرُ بهلاكها قبل الانتفاع؛ لأنه قرض حتى لو استعارها ليعيَّرَ الميزان أو يُريِّن الدكان كان عارية، ولو أعار قصعة ثريد فقرضٌ، ولو بينهما مباسطة فإباحةٌ، وتصح عارية السهم ولا يضمن؛ لأن الرمي يجرى مجرى الهلاك?".

وقد ذكرنا أن الملتحق من الأعبان بالمنافع - عرفًا وعادةً - له حكمها في كونها عارية لا قرضًا، كما إذا منح إنسانًا شاة أو ناقة ليتنفع بلبنها وويرها مدة ثم يردها على صاحبها؛ لأن ذلك معدود من المنافع عرفًا وعادةً، فكان له حكم المنفعة، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: « ألا رجل يمنح أهل بيت ناقة تغدو بئس وتروح بئس إن أجرها لعظيم "" وهذا يجري مجرى الترغيب، كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة، وكذا لو منح جديًا أو عناقًا كان عارية؛ لأنه يعرض أن يتغم بلبنه وصوفه.

...

(عادة ٢٦٥) يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض: إجارة، أو بغير
 عوض: إعارة وردَّ عينها لصاحبها(١٠).

تكلم المولف في هذه المادة عن ورود العقود على منافع الأعيان للانتفاع بها، سواء كان هذا الانتفاع مقابل عِوَضٍ أو بلا عوض، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن ورود العقود على الأعيان لحفظها، أو لاستهلاك عينها وردَّ مثلها.

⁽١) بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٥. (٢) رد المحتار: ٥/ ٢٨٢.

⁽٣) صحيح مسلم: ٢/ ٧٠٧ برقم (١٠١٩).

^(\$) قال الشيخ عمد زيد الإيبان: كما يرد العقد على نفس الأعيان. فقد يرد على منافعها لأجل الانتفاع بها، فإن كان بعوض فهو إجارة. وإن كان بغير عوض فهو إعارة إن كان تسليم العين للانتفاع بها في حياة مالكها. وإن كان تسليمها للمنتفع بعد موت المالك سعى وصية بالمنافع.

وكما سبق أن ذكرنا أن المنافع عندنا ليست بأموال على الحقيقة وإن أخذت حكمها بالمقد؛ وذلك لأنها لا تتولد من العين، ولكنها أعراض تحدث في العين شيئًا فشيئًا وكما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، لهذا لا تبقى زمانين وليس لما لا يبقى وأمان إمكانة الادخار له قت الحاجة.

والأصل أن ملك المنفعة تابع لملك العين؛ إلّا إذا أفرد المنفعة بالتعليك. وإنما شرع ملا التعليك. وإنما شرع المقود لحواتج العباد؛ لأن مللة تعالى إنما شرع المقود لحواتج العباد؛ لأن كل واحد لا يكون له دار معلوكة يسكنها أو أرض معلوكة يزعها أو دابة معلوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن، ولا يجد من يهبها له؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بلالك فيحتاج إلى هذا النوع من التعليك، والشرع تُشرع لكل حاجة عقدًا يختص بها فَقرَع لتعليك العين بعوض عقدًا وهو الهبة، وشرع لتعليك المنفعة بعوض عقدًا وهو الإجارة، وشرع لتعليك المنفعة بغير عوض عقدًا،

وقد يتحقق فصل ملكية المنفعة عن ملكية الرقبة قبل الشراء؛ فقد يتملك الإنسان ملك الرقبة، لكنه لا يملك المنفعة، وذلك مثل الجواري فقد يتملك الإنسان الجارية ولكن ليس له ملك المتعة بها؛ لأنها قد تكون أخته من الرضاعة أو تكون منكوحة لغيره.

وعليه فيصح تمليك المنافع بدون رقبتها بعوض وغيره، سواء كانت هذه الأعيان عقارات كالأراضي للزراعة، أو منقولات كالدواب في الحمل والركوب.

وهذا الملك أي ملك المنفعة يثبت ساعة فساعة فتراخي حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة ملكًا واستحقاقًا، يعني يثبتان معًا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين، فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن، وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار.

وهذا الملك يعتبر ملكًا ناقصًا كما سبق، ويلزم فيه التأقيت رفعًا للمنازعة في العقود اللازمة، ولا يلزم في العقود غير اللازمة.

وفي العقود المختصة بتمليك العنافع دون رقابها، تقام العينُ العنتُفعُ بها العوجودةُ في ملك العقد مقامَ المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه والتسليم، وتقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقامَ ملكِ المعقود عليه في حكم جواز السلم، أو يجعل العقد مضافًا للانعقاد إلى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكنُ من استيفاء المعقود عليه، وهو معنى قول مشايخنا الأحناف: إن الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة، وإنما يفعل ذلك لحاجة الناس، فالفقير محتاج إلى مال الغني، والغني محتاج إلى عمل الفقير، وحاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقًا لأصول الشرع.

كما أنه لا بد من إعلام ما يرد عليه العقد على وجه تنقطع به المنازعة في العقود اللازمة كالإجارة، خلاف العقود غير اللازمة كالإعارة، فالجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة، وكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا توجب الفساد؛ وهذا لأنها غير لازمة فله أن يرجع في كل ساعة، بخلاف المعاوضات فإنها لازمة والجهالة فيها تفضي إلى المنازعة وإعلام المنفعة ببيان المدة، أو المسافة، وذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه لا للتوقيت في العقد فإن المنافع لما كانت تحدث شيئًا فشيئًا فمقدارها يصير معلومًا ببيان المدة، بمنزلة الكيل والوزن في المقدرات، أو ببيان المسافة فإن مقدار السير والمشي يصير به معلومًا، وكذلك ببيان

وهذه العقود التي تملك المنافع بعوض وبغيره تبطل بموت مالكها أي مالك المنفعة دون رقبتها؛ لأن المنافع أصلًا لا تحتمل التوريث، لأنها تحدث شيئًا فشيئًا، لهذا كانت هذه العقود تنعقد شيئًا فشيئًا

وإذا كان ذلك كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها، والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث؛ إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث، فما لم يملكه يستحيل وراثته، بخلاف بيع العين؛ لأن العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث إلى وقت الموت، فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث؛ لأن المنافع لا تملك إلا بالعقد وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأسًا؛ لأنها كانت معدومة حال حياة المورث، والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث، والوارث لم يعقد عليه رأسًا؛ لأنوا

فلهذا تبطل الإجارة بموت المستأجر وتبطل الإعارة بموت المستعير، وكذلك تبطل الوصية بالمنافع بموت الموصى له.

ومع ذلك فهذه العقودُ الأصلُ فيها أن تبطل كذلك بموت مالك الرقبة أيضًا؛ وذلك لأن العين انتقلت إلى وارثه، والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه، فلا تجري هذه العقود إلا بإذن الوارث لأنها ملكه، ويعتبر هذا الإذن بمثابة عقد جديد ولكن الوصية بالمنافع لا تبطل بموت مالك الرقبة؛ لأن عقدها أي الوصية أوسع العقود؛ ألا ترى أنها تحتمل ما لا يحتمله سائر المقود من عدم المحل، والخطر، والجهالة؛ ولأنها لم تقع بمال الوارث بخلاف الإجارة والإعارة؛ وذلك لأن الوارث يملك الرقبة فقط إذا أوصى بمنفعتها، ولقد سبق أن ذكرنا أن ملك المنفعة ينفصل عن ملك الرقبة إذا جرى تمليكها، والموصي هنا إذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصودًا بالتمليك، وله هذه الولاية، فلا يبقى تبمًا لملك الرقبة بل يصير مقصودًا بنفسه، بخلاف الإعارة؛ لأن المعير، وإن جعل ملك المنفعة مقصودًا بالتمليك لكن في الحال لا بعد الموت؛ لأنه إنما يعار الشيء للاتفاع في حال الحياة عادة لا بعد الموت، فيتفي العقد بالموت. وأما الوصية، فتمليك بعد الموت، فكان قصده تمليكه المنفعة بعد الموت، فيات المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت، فهو الفرق، ونظيره مَنْ وكل وكيلًا في حال حياته، فمات الموكل يتعزل الوكيل، ولو أضاف الوكالة إلى ما بعد موته جاز حتى يكون وصبًا بعد موته.

 (مادة ٢٦٦) يصبح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة (١٠).

تكلم المؤلف في هذه المادة عن ورود العقد علي عمل معين من الأعمال الصناعة أو على خدمة معينة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن ورود العقد على منافع الأعيان.

ذلك أن الإجارة نوعان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال، والأجير قد يكون خاصًا وهو الذي يعمل لواحد وهو المسمى بأجير الواحد، وقد يكون مشتركًا وهو الذي يعمل لعامة الناس، وهو المسمّى بالأجير المشترك، ومعناه أن لا يختص بواحد عَبِلَ لغيره أو لم يعمل، ولا يشترط أن لا يكون عاملًا لغير واحد بل إذا عمل لواحد أيضًا فقط فهو مشترك، إذا كان لا يعتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره، الأجير المشترك: مَنْ يعمل لا لواحد أو يعمل له غير مؤقت أو مؤقتًا بلا تخصيص. وفي القدوري: الأجير المشترك: مَنْ لا يستحق الأجر حتى يعمل، والأجير الخاص: هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل.

واعلم بأن البيوع أتواع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمة بثمن وهو الشّلَم، وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما؛ فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، والعين هو الصبغ بيع فيه، وبيع عين شرط فيه، وهو الاستصناع،

⁽۱) قال الشيخ محد زيد الإيبان: يجوز أن يرد العقد على عمل من الأعمال الصناعية، كالصباغة أو التجارة أو على خدمة معينة، كرعي الدواب أو تنظيف البيت وهذا ه هو الأجير ، وهو إما مشترك وهو من يعمل لغير معين، أو خاص وهو من يعمل لواحد معين أو لقوم معيين. وسيأق تفصيل ذلك عند الحديث عن الإجارة إن شاء الله تعالى.

فالمستصنع فيه مبيع عين ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية، والعمل مشروط فيه؛ وهذا لأن هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم. والاستصناع استفعال من الصنع، فعر فنا أن العمل مشروط فيه، والفرق بينه وبين ما إذا أسلم حديدًا إلى حداد ليصنعه إناء مسمى بأجر مسمى فإنه جائز، ولا خيار له فيه إذا كان مثل ما سمى؛ لأن ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به، وذلك لا يتأتى هنا فإن بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه، فأما في الاستصناع المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن؛ فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه؛ ولأن الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت حيار الرؤية، فيما يكون محلَّه الذمةُ كالمسلم فيه، فأما في الاستصناع المقصود هو العين، والعقد يرد عليه حتى لو صار دينًا بذكر الأجل عند أبي حنيفة - رحمه اللَّه - لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك، وإن أفسده الحداد فله أن يضمنه حديدًا مثل حديده ويصير الإناء للعامل، وإن شاء رضي به وأعطاه الأجر؛ لأن العامل مخالف له من وجه حيث أفسد عمله، وموافق من وجه وهو إقامة أصل العمل وإن شاء مال إلى جهة الخلاف وجعله كالغاصب. ومن غصب حديدًا وضربه إناءً فهو ضامن حديدًا مثله والإناء له بالضمان، وإن شاء مال إلى جهة الوفاق ورضي به متغير الصفة، فأخذ الإناء وأعطاه الأجر كالمشترى، وإذا وجد بالبيع عيبًا إلا أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى؛ لأنه إنما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يأت به ولكن قدر ما أقام من العمل سلم له بحكم العقد فعليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى؛ لأن المنفعة إنما تتقوم بالعقد والتسمية، ولم يوجد ذلك فيما زاد على المسمى؛ ولأنه لما رضي بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون أرضى به بمقابلة عمل فاسد، وهذا بخلاف المشتري؛ فإنه لو رضى بالعيب يلزمه جميع الثمن؛ لأن الثمن بمقابلة العين دون الأوصاف، والفائت بالعيب وصف، وهنا البدل بمقابلة العمل المشروط وبالإفساد ينعدم ذلك العمل؛ فلهذا لا يلزمه جميع المس ي، وإن رضي به، وكذلك كل ما يسلمه إلى عامل ليصنع له شيئًا مسمى، كالجِلْد يسلمه إلى الإسكاف ليصنعه خُفَّيْن، والغزل يسلمه إلى حاثكِ لينسجه، فلو استصنع عند حاتك ثوبًا موصوف الطول والعرض والرفعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا في القياس مثل الخف وغيره.

وإنما جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل، ففيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول: إنه لا يجوز. ولو ضرب لهذا الثوب أجادًه وتعجل الثمن كان جائزًا وكان سلمًا لا خيار له فيه. وإن فارقه قبل أن يعجل الثمن فهو فاسد قبل: هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - فأما عندهما لما كان الاستصناع الجائز بذكر الأجل فيه لا يصير سلمًا، فالاستصناع الفاسد بذكر الأجل كيف يكون سلمًا صحيحًا؟ فإن الأجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد، فذكر الأجل فيه يكون لغوًا. والأصح أنه قولهم جميمًا، والعذر لهما أن تحصيلَ مقصود المتعاقدين بحسب الإمكان واجبٌ، ففيما للناس فيه تعاملُ أمكن تحصيلُ مقصودهما على الوجه الذي صحح به، وفيما لا تعامل فيه ذلك غير ممكن، فيصار إلى تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن وهو أن يجعل ذلك سلمًا، توضيحه: أن فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط فيه العمل هذا مبيع عينا، فأما فيما لا تعامل فيه فليس هناميع عين ليكون ذكر المدة لتأخير المطالبة، وهذا هو معنى العين بل ذكر العمل ليان الوصف فيما يلتزمه فينًا وذكر المدة لتأخير المطالبة، وهذا هو معنى السلم فيجعله سلمًا لذلك.

أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع - من خفَّاف أو صفًّا، أو غيرهما -: اعمل لي خفًّا، أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع: نعم.

وأما معناه: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح؛ بدليل أن محمدًا – رحمه الله – ذكر عبوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العِدَات، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري في القاضي، وإنما يتقاضي فيه الواجب لا الموعود. ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع. قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. وجه القول الأول: أن الصانع لو أحضر عينًا، كان عملها قبل المقد، ورضي به المستصنع لجاز. ولو كان شرط العمل من نفس المقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل، لا في الماضي. والصحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعًا؛ هكون مناح عليه، ولأن المقد على مبيع في الذمة يسمى سلمًا، وهذا المقد يسمى المتماء، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما.

وأما جوازه، فالقياس: أن لا يجوز؛ لأنه يع ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم. وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحسانًا؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نُكُر، وقد قال ﷺ:

« لا تجمع أمي على ضلالة عالم وقال 震 : « ما رأى المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رأوا سبئًا فهو عند الله حسن ، وما رأوا المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن عاملًا. والقياس يُترك بالإجماع، ولهذا تُرك القياس في دخول الحمَّام بالأجر، من غير بيان المدة، ومقدار الماء الذي يستمل، وفي قطعه الشارب للسقاء، من غير بيان قدر المشروب، وفي شراء البقل كذا هذا؛ ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خفّ، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعًا؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج، وقد خرج الجواب عن قوله: إنه معدوم؛ لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه، كالمُسلم فيه: فلم يكن يبع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق؛ ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين؛ كان جائزًا.

● (مادة ٢٦٧) يشترط لتحقيق كل عقد توفر ثلاثة أشياء وهي: العاقدان، وصيغة المقد، ومحل بضاف إليه، ويشترط لصحة أي عقد أهلية العاقدين، وكون العقد مفيدًا وكون المحل قابكً لحكم العقد، وكونه معا يقصد شرعًا ".

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الشروط الواجب توافرُ هَا في كل العقود، وذلك بعد أن

⁽۱) سنن ابن ماجه: ۲/۳۰۳ برقم (۳۹۵۰).

⁽٢) مسند الإمام أحمد بن حنيل: ١/ ٢٧٩ برقم (٢٦٠٠).

⁽٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لا يتحقق أي عقد إلا إذا استكمل أشياء ثلاثة:

الأول: العاقدان حتى يتحقق ركن العقد وهو الإيجاب والقبول.

الثاني: صيغة العقد الدالة عليه؛ لأنه لا يوجد المدلول إلا إذا وجد ما يدل عليه.

الثالث: المحل الذي يرد عليه العقد ويضاف إليه؛ لأن العقد عبارة عن التعهد والالتزام بشيء ولا يعقل وجوده بدون ملتزم به.

وهذه الأمور الثلاثة كافية لتحقق المقد، ولكن لا تكفي لصحته وترتب أثره عليه، بل لا بد لذلك من شروط أربعة: الأول: أهلية العاقدين بأن يكون كاً منها عاقلًا عيزًا.

ا وون. اهنية العاقدين بان يحون على منهم عاهم غيرا. الثاني: كون العقد مترتبًا عليه فائدة، فلا يصح أن يرد على بدل جنيه بمثله مثلًا لأنه لا فائدة في ذلك.

ريس وي المقود عليه الذي هو على المقد قابلة لحكمه وأثره المؤتب عليه، فلو لم يقبل أثره لا يكون متعقدًا وبالأولى الثالث: كون المقود عليه الذي هو على المقد قابلة لحكمه وأثره المؤتب عليه، فلو لم يقبل أثره لا يكون متعقدًا وبالأولى لا يكون صحيحًا؛ فلو ورد عقد البيع مثلًا على صحيد عامر لا يكون البيع منعقدًا ولا صحيحًا.

الرابع، كون العقد عما يصع قصده شرعا كالمقد الوارد على بيت مثلاً؛ فلو كان العقد غير معتبر في الشرع لا يكون صحيحا، بل يكون فاسلة، كان يستأجر شخص ملابس بشرط أن لا يليسها بل ليطّفها في بيته كي يراها الثاس، فيقولون: عنده ملابس كفاء أو يستأجر فرسًا لا ليركبه بل ليجعله جنيًا يمشي خلقه ليقال: عنده جنيب؛ لأن الشريعة إنها تنظر إلى الفائدة الحقيقية.

٧٤ ٥ ----- العقود: ماهية العقد وشرائطه

تكلم في المادة السابقة عن ورود العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة.

والعقد ارتباط بين طرفين (العاقدين) بصيغة تدل على المقصود من هذا العقد، ومحلٍّ لهذا العقد، فيشترط لتحقيق كل عقد توفر ثلاثة أشياء وهي: العاقدان، وصيغة العقد، ومحلٍّ يضاف إليه.

والثاني: العدد في العاقد فلا يصلح الواحد عاقدًا من الجانبين في باب البيع إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة، أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانًا. والقياس أن لا يجوز ذلك أيضًا وهو قول الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانًا. والقياس أن لا يجوز ذلك أيضًا وهو قول متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلمًا ومتسلمًا طالبًا ومطالبًا، وهذا محال ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلًا من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة، ويصلح رسولًا من الجانبين؛ لأن الرسول لا تلزمه الحقوق، فلا يؤدي إلى الاستحالة، وكذا القاضي يتولى العقد من الجانبين؛ لأن الرسول لا تلزمه لا ترجع إليه، فكان بمنزلة الرسول، وبخلاف الوكيل في باب النكاح؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه، فكان سفيرًا محضًا بمنزلة الرسول، وجه الاستحسان: قوله تبارك وتعالى: ﴿ وَلاَ تَكْرَيُوا اللهِ عالمُ الناس فيه عادة قد يكون قربانًا على وجه الأحسن بحكم الحال. والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تملك الحال؛ لكمال شفقته، فكان البيع والشراء بذلك قربانًا على وجه الأحسن بحكم الحال. والظاهر أن بنفسه، وهو بالمع، فتعدد العاقد حكمًا، فلا يؤدي إلى الاستحالة.

الغَصِّلُ الأوَّلُ

فى أهلية العاقدين

♦ (مادة ٢٦٨) يشترط لانعقاد عقود البيع والشراء والإيجار والاستنجار والشركة والحوالة والرهن والوكالة ونحوها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أن يكون كلٍّ من العاقدين مميرًا يعقل معنى العقد ويقصده، ولا يشترط بلوغهما. غير أن عقودهما لا تكون نافذة إن كانا محجورًا عليهما(١٠ (راجع المادة الآتية وما بعدها).

تكلم المؤلف في هذه المادة عن أن التصرفات الدائرة بين النفع والضر يشترط لانعقادها أن يكون كلٌّ من العاقدين مميزًا، ولا يشترط بلوغهما، وذلك في بداية حديثه عن أهلية العاقدين.

والعقود منها ما هو دائر بين النفع والضر؛ كالبيع والإجارة والوكالة والحوالة، ومنها ما هو مضر؛ كعقود التبرعات كالإعارة والهبة والقرض بالنسبة للمتبرع، ومنها ما هو نافع كالهبة للموهوب له.

أولًا: شروط العاقدين في الإجارة:

الذي يرجع إلى العاقد: هو أن يكون عاقلًا حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل، كما لا يتعقد البيع منهما. وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا، حتى إن الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه فإن كان مأذونًا ينفذ، وإن كان محجورًا يقف على إجازة الولي عندنا، خلاقًا للشافعي، وهي من مسائل المأذون، ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الأجر ويكون الأجر له، أما استحقاق

وإن كان مترددًا بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والشركة والحوالة والوكالة ونحو ذلك من كل عقد يحتمل النفع والضرر انعقد موقوفًا على إجازة الولي إجازة معتبرة شرعًا.

⁽١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العقود:

إما أن تكون نافعة نفعًا محضًا، كالهبة بالنسبة للموهوب له.

وإما أن تكون مضرة ضررًا بينًا، كالهبة بالنسبة للواهب. وإما أن تكون محتملة للنفع والضرر، كعقود المعاوضات مثل البيع.

فجيع أنواعها لا بدفيه من أهلية للتعاقدين واستعدادهما للعقد وفهمها ما يرادسته بأن يكون كلَّ منها عاقلاً معنى العقد قاصدًا له ولا يشترط عدم الحجر إذا كان العقد خيرًا عضًا بالنسبة لغير البالغ، فيكون ثاقدًا بدون توقف عل إجازة الولي، وإن كان في غير صالحه بأن كان مضرًا ضررًا عضًا، فلا ينعقد أصلًا، وإن أجازة الأولى، كما سيبين قريبًا.

الأجر فلان عدم النفاذ كان نظرًا له، والنظر بعد الفراغ من العمل سليمًا في النفاذ فيستحق الأجرة، ولا يهدر سعيه فيتضرر به، وكان الولي أذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهية من الغير. وأما كون الأجرة المسماة له فلأنها بدل منافع وهي حقه، ولو هلك الصبي وليه، في يد المستأجر في المدة ضمن؛ لأنه صار غاصبًا حيث استعمله من غير إذن وليه، ولا يجب الأجر؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، ولو قتل العبد أو الصبي خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة، وعليه الأجر في ماله؛ لأن إيجاب الأجرة ههنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف مَنْ عليه الواجبُ.

ثانيًا: شروط العاقدين في البيع:

يرجع إلى العاقد نوعان من الشروط: أحدهما أن يكون عاقلاً، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه. فأما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا، حتى لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوقًا على إجازة وليه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ، وعند الشافعي شرط فلا تنعقد تصرفات الصبي عنده أصلاً، وكذا ليس بشرط النفاذ في الجملة، حتى لو توكل عن غيره بالبيم والشراء ينفذ تصرفه، وعنده لا ينفذ.

ثالثًا: شروط العاقدين في الحوالة:

يشترط في المحيل عدة شروط: (منها): أن يكون عاقلًا، فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها، (ومنها): أن يكون بالنَّما، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوقًا نفاذه على إجازة وليه؛ لأن الحوالة إبراء بحالها، وفيها معنى المعاوضة بما لها، خصوصًا إذا كانت مقيدة؛ فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه، وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة؛ لأنها من قِبَلِ المحيل ليست بتيرع؛ فتصح من المريض.

رابعًا: الشروط الواجب توافرها للعاقدين في الوكالة أنواع:

بعضها يرجع إلى الموكل، وبعضها يرجع إلى الوكيل، وبعضها يرجع إلى الموكل به، أما الذي يرجع إلى الموكل: فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه، كيف يحتمل التفويض إلى غيره؟ فلا يصح التوكيل من المجنون، والصبي الذي لا يعقل أصلاً؛ لأن العقل من شرائط الأهلية، ألا تَرَى أنهما لا يملكان التصرف بأنفسهما؟ وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه، لعقود: ماهية العقد وشر اتطه 🚤 🚤 😀 😀 🐧 🐧

كالطلاق، والعتاق، والهبة، والصدقة، ونحوها من التصرفات الضارة المحضة، ويصح بالتصرفات التافذة؛ كقبول الهبة، والصدقة، من غير إذن المولى؛ لأنه معا يملكه بنفسه بدون إذن وليه، فيملك تفويضه إلى غيره بالتوكيل. وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع؛ كالبيع، والإجارة؛ فإن كان مأذونًا له في التجارة يصح منه التوكيل بها؛ لأنه يملكها بنفسه وإن كان محجورًا ينعقد موقوقًا على إجازة وليه، وعلى إذن وليه بالتجارة أيضًا، كما إذا فعل بنفسه؛ لأن في انعقاده فائدة، لوجود المجيز للحال، وهو الولي،

خامسًا: شروط العاقدين في الرهن:

(أما) الذي يرجم إلى الراهن والمرتهن: فعقلهما؛ حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل. (فأما) البلوغ فليس بشرط، والسفر ليس بشرط لجواز الرهن في السفر والحضر جميعًا؛ لما روي أن رسول الله ﷺ استقرض بالمدينة من يهودي طعامًا ورهنه به درعه، وكان ذلك رهنًا في الحضر؛ ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين بالرهن عن تواء الحق بالجحود والإنكار وتذكره عند السهو والنسيان، والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى ﷺ ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام مخرج العادة، كقوله تعالى: ﴿ فَكَوْتِهُمُ اللهِ وَالدر: ١٣٤.

 (مادة ٢٦٩) المحجور عليه لصغر سنه وعدم تمييزه تصرفاتِي عُقُودُهُ باطلةٌ، لا تنعقد أصلًا، سواء كانت نافعة له أو مضرة أو دائرة بين النفع والضرر.

والكبير المجنون جنونًا غالبًا على عقله حكمُهُ حكمُ الصغير الذي لا يعقل؛ فلا تصح عقوده التي يعقدها حال جنونه بل تكون باطلة أيضًا، فإن كان يجن تارة ويفيق أخرى فعقوده التي يعقدها حال إفاقته وهو تام العقل تكون صحيحة نافذة ''.

(۱) قال الشبخ محد زيد الإبياني: العاقد إما أن يكون غير محجور عليه وإما أن يكون محجوراً عليه بسبب من أسباب الحجر: فتصرف الأول نافذ عمى كان مستوقاً شرائط التفاذ وأما المحجور عليه فلا يخلو، إما أن يكون غير عاقل بأن كان مستا غيراً عالماً الناسيع سالم الله من عاصلة عالى المن من المستاخ المحتود على المن المن المناسخة على المناسخة على الربح، أو معرفاً (ومو قبل الرأي والتدبير يخلط جده بهزال بخلاف المجنون، فنوه والذي والمناسخة عنى ما يقول ولا يقصد نتائجه، وصرح بعضهم بأن العت نوع من أقراع الجنون الأن الجنون، والمرح بعضهم بأن العت نوع من أقراع الجنون الأن الجنون، والمرح بعضهم بأن العت نوع من أقراع الجنون الأن الجنون مكن.

فإن كان المحبور عليه صبيًّا لا يعقل، فعقوده كلها باطلة مطلقاً سواه كانت نافعة له أو مضرة أو دائرة بين النمع والضرره وكذا جميع عقود المجنون حال جنونه؛ لأن العقود لا يد فيها من العقول حتى تكون مقصودة ولا عقل فلا عقد. نعم إذا كان المجنون يفيق أحيانًا، فعقوده حال وجود عقله نافذة لاتضاء المائم. (أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها؛ فلا يجوز طلاقه وإقراره، ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة، ولا يصح منه قبول الهية والصدقة والوصية، وكذا الصبي الذي لا يعقل؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل. وأما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف، ولا تصح منه التصرفات الفشارة المحضة بالإجماع، وأما الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفًا على إجازة وليه فإن أجاز جاز، وإن ردَّ بطل. وعند الشافعي لا تنعقد أصلاً، وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل، وأما التصرفات الفعلية وهي الفصوب والإتلافات فهذه العوارض وهي: الصبا، والجنون، والرق لا توجب الحَجْرُ فيها، حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيئًا فضمانه في مالهما.

(وأما) السفيه فعند أبي حنيفة ليس بمحجور عن التصرفات أصلًا، وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد، وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهًا يُمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وإذا بلغ رشيدًا يدفع إليه ماله.

(فأما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعدما بلغ سفيهًا ومُنع عنه ماله نفذ تصرفه، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده.

(وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه، وشراؤه، وإجارته وهبته، وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ.

(وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء، فيجوز طلاقه ونكاحه وإعتاقه وتدبيره واستيلاده، وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه، والزكاة في ماله، وحجة الإسلام، وينفق على زوجاته، وأقاربه، ويؤدي الزكاة من ماله، ولا يمنع من حجة الإسلام ولا من العمرة، ولا من القرابين وسوق البدنة لكن يسلم الفاضي النفقة والكراء والهدي على يد أمين لينفق عليه في الطريق، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيهما، ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص، وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله، وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد، إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة، ولو باع السفيه أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيرًا أجاز وما كان

عقود: ماهمة العقدوش اتطه مستحدد مستحدد مستحدد مستحدد مستحدد مستحدد المستحدد المستح

التي تكون نافعة له نفكًا محضًا، وتنفذ ولو لم يجزها الولي أو الوصي، وأما تصرفاته وعقوده المضرة بمصلحته ضررًا محضًّا فهي كتصرفات الصبي الغير المميز، وعقوده لا تصبح أصلًا ولو أجازها الولى أو الوصى (``)

نكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم تصرف الصبي المميز واعتبار تصرفه إذا كان في حقه نفعًا محضًا وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه، كقبول الهدية والهبة، وبطلان تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذنه بذلك وليه وأجازه، كأن يهب لآخر شيئًا. أما المقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتنعقد موقوقة على إجازة وليه، ووليه مخير في الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا.

مثلًا: إذا باع الصغير المميز مالًا بلا إذن وليه إن كان قد باعه بأزيد من ثمنه يكون نفاذ ذلك البيع موقوفًا على إجازة وليه؛ لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل.

ويعتبر تصرف الصغير المميز الذي يكون في حقه نفعًا محصًا أي: التصرف النافع نفعًا دنبويًّا من كل وجه، ولو لم يأذن به الولي ولم يجزه؛ لأن عدم اعتبار تصرف الصغير المميز مبني على احتمال الضرر في تصرفاته، ولما انتفى الضرر فالتصرف معتبر، إلا أنه يشترط أن يكون المال الموهوب شيئًا نافعًا للصغير.

فلذلك لو آجر الصغير المميز نفسه من آخر لإجراء عمل، وأوفى ذلك العمل استحق الأجرة، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض أي: تصرفه تصرفًا دنيويًا مضرًا من كل وجه؛ كأن يهب لآخر شيئًا أو يهديه إياه أو يتصدق به عليه أو يقر له به أو يبرثه منه، ولو أذنه بذلك وليه وأجازه؛ لأنه يشترط في اعتبار مثل هذه التصرفات الضارة الأهلية الكاملة؛ أي: المقل والبلوغ، ولذلك اشترط كون الكفيل عاقلًا بالنًا في انعقاد الكفالة واشترط المقل والبلوغ في الواهب؛ لأنه لا تعتبر جهة النفع الأخروي في تصرف الصغير.

وعليه فالصدقة والقرض وأمثالهما من التصرف، وإن كان فيها نفع أخروي فليست

⁽١) قال الشبخ عمد زيد الإبيان: إذا كان المحجور عليه صبيًّا عبرًّا غير مأذون له في التجارة أو كبيرًا ولكنه معتوه، فإما أن يكون تصرفها وعقودهما نافعة لهما نفقاً عضًا، كفيرها الهذه والوصية لها، وإما أن تكون غير نافعة لهما بل كان ضررها بيئًا، كأن بهب واحد ماله لغيره، وإما أن تكون عتملة للفع والضرر مثل البيع كها تقدم.

فإن كان الأول، فجميع تصر فاتهما نافذة ولو لم يجزها وليهما.

وإن كان الثاني، فجميع تصر فاتها باطلة، وإن أجازها من له الولاية على مالها؛ لأن تصرف الولي منوط بمصلحة من له الولاية عليه، ولا مصلحة في الإجازة في هذه الحالة فتلغو.

بصحيحة لما فيها من ضرر دنيوي. فعليه لو أبرأ الصغير وصيه من كذا درهمًا له في ذمته فلا يصح ذلك الإبراء، وكذلك إذا أجاز الصبي المميز بعد البلوغ تصرفاته كالهبة والهدية والصدقة فلا تصح إجازته؛ لأنه يكون قد أجاز تصرفًا باطلاً، والتصرف الباطل لا يقبل الإجازة، على أن له أن يجدد المقد بعد البلوغ. ويستفاد من بيان عدم صحة التصرفات المضرة ضررًا محضًا ولو أذن بها وليًّ الصغير - أنه ليس لولي الصغير أو وصيه أو القاضي أن يهب مال الصغير أو أن يتصدق به أو يهديه.

وفي صحة إجازة التصرفات العائدة للصغير وعدم صحتها توجد القاعدتان الآتيتان:

القاعدة الأولى: كل تصرف يستطيع ولي الصغير أو وصيه الإتيان به في مال الصغير إذا تصرف أحد غيره هذا التصرف كان موقوفًا على الإذن، ويصح هذا الإذن من الولي أو الوصى كما يصح أيضًا من الصبي بعد البلوغ أو بعد أن يؤذن.

فعليه يكون بيع الصبي موقوقًا على الإذن، كما أنه لو باع الأجنبي مال الصغير يكون بيعه موقوقًا على الإذن أيضًا؛ لأن الإجازة انتهاءً كالإذن ابتداءً؛ إذ كما تكون هذه التصرفات نافذة بفعل ولي الصبي أو وصيه أو بفعل الصبي المأذون أو البالغ ابتداءً تكون أيضًا نافذة بالإجازة انتهاء.

القاعدة الثانية: كل تصرف لا يمكن لولي الصغير أو وصبه أن يتصرفه كانت الإجازة باطلة إذا تصرفه الصغير أو الأجنبي وأجازة الولي أو الوصي بعد البلوغ، أو بعد الإذن، وعليه فهبة الصغير تكون باطلة، ولا تكون موقوقة على الإذن، كما أنه لو وهب أجنبي مال الصغير من آخر فضولًا، فلا تكون مداه الهبة موقوقة بل تكون باطلة. والحكمة في نفاذ التصرفات النافعة ويطلانها في غير النافعة وإيقافها على الإذن في التصرفات الدائرة بين النغم والضرر: هي أن الصبي المميز بعتباره عاقلًا بعبه العاقل والبالغ، وباعتبار قصور عقله وعدم توجه الخطاب إليه أي: عدم تكليفه هو مماثل للطفل الذي لا يعقل، ولذلك تثبت ولاية الغير عليه، وألحق الصبي المميز في التصرفات التي هي نفع محض له بالبالغ، وألحق بالطفل في التصرفات التي هي ضرر محض له. أما التصرفات الدائرة بين النغم والضرر فيما أنه يحمل الفرر فيها نفع ماضل في التصاف عليه بكون قد رُجح جانب المصلحة، أي: أن الولي يكون قد رأى منفعة في ذلك التصرف فيصبح يكون نافذة على ثلاثة أوجه:

١ - إذا تصرف بعد الإذن.

- ٢ إذا تصرف قبل الإذن وأجازه الولي بعد ذلك.
- ٣ إذا تصرف قبل الإذن وأجاز تصرفه بنفسه بعد الإذن أو بعد البلوغ(١).

وقد تناولت المادة (١١١١) من القانون المدني المصري حكم تصرفات الصبي المميز ونصها:

إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا.
 وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا.

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة في النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون وهو ما بيئته المادة (٩٦) من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة (٩٧) من التقنين العراقي والمادة (٩١) من التقنين العراقي.

...

(مادة ۲۷۱) المحجور عليه سواء كان صببًا مميزًا أو كبيرًا ذا غتر أو رقيقًا إذا عقد عقدًا من المقود الدائرة بين النفع والضرر التي لا يشترط البلوغ لصحة انمقادها فلا ينفذ عقده ولا يترتب عليه حكم إلا إذا أجازه الولي أو الوصي أو المولي إجازة معتبرةً؛ فإن أجازه جاز ونفلت أحكامه، وإن لم يجزه أو أجازه أو كان فيه ضرر؛ كأن كان فيه غبن فاحش زيادةً أو نقصًا فلا يجوز ولا ينفذ أصلًا.

إذا كان التصرف دائرًا بين النفع والضرر، فتصرف الصبي الكبير أو المعتوه موقوف على إجازة مَنْ له الولاية على ماله؛ لأن رأيهما ناقص فجعل النظر للولي ليختار الصالح، فإن أجاز تصرفهما جاز بشرط أن تكون الإجازة معتبرة، بأن كان التصرف خاليًّا من الغين الفاحش، وكان المبيع والبائع والمشتري موجودين والثمن أيضًا إن كان من الأعيان.

وإنما لزم في صحة الإجازة خلو التصرف من الغبن الفاحش؛ لأنه لو كان موجودًا لكان العقد مضرًّا ضررًا محضًا، ولزم وجود المبيع والمتعاقدين لقولهم: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فكأن الوصي بهذه الإجازة وكل المحجور عليه في هذا العقد وحينتذ يكون العقد حصل وقت الإجازة. ومن المعلوم أنه لا بد للعقد من وجود المبيع والعاقدين. وبهذا لزم

⁽١) انظر: مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر (مادة ٩٦٧) وشرحها.

⁽٢) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدنى طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ص: ٣٣.

وجود الثمن أيضًا إن كان من الأعيان القيمية؛ لأنه حيتنذ يكون ثمنًا من وجه ومبيمًا من وجه آخر. وتقدم أنه يلزم وجود المبيع وقت العقد. وإن لم يجز الوصي العقد بأن أبطله، أو أجازه ولكنه كان فيه غين فاحش زيادة إذا كان المحجور عليه مشتريًا أو نقصًا إذا كان بائمًا، أو كان أحد العاقدين أو المبيع أو الثمن لو كان عرضًا غير موجود فلا يجوز ولا ينعقد أصلًا. وهو ظاهر.

♦ (مادة ۲۷۳) الصبي أو العبد المأذون له بالتجارة تصبح عقود بيمه وشرائه وتوكيله غيرة أ بالبيع والشراء وإجارته واستنجاره ومزارعته ومساقاته ورهنه وارتهانه، ويجوز إقراره بدين أو عين لمن تقبل شهادته له أو عارية أو وديعة وحظه من الثمن بعيب قدر ما يحط التجار، وتجوز له المحاباة وتأجيل الدين والصلح عن دين له على بعضه إن لم تكن له بينة، وليس له أن يقرض ولا يهب ولا يكفل عن غيره(١٠٠).

وأمابيان ما يملكه المأذون من التصرف، فالضابط: أن كل ما كان من باب التجارة أو توابعها

(١) قال الشيخ الإبياني: إذا كان المحبور عليه صياً أو رقيقاً مانوناً لها بالتجارة فكل تصرف بعد من شأن التجار بأن كان عا يمتاج إليه في التجارة بجرز لها توليد وينيني على ذلك أنها لم السيح والشرء بشرط أن يكونا بمثل الفيمة أو يسبر الغين وهو ما يدخل تحت تقدير أهل الحرة. وترفع بعضهم بأنه ما لم يزد عن اخسر، وهذا الغين متسامع في الإنخاق. وأما يأخل المحلس بأن ياج السيح أو الرقيق شيئاً بالإنفاق. وأما ألم المحلس بأن ياج السيح أو الرقيق شيئاً بالإموال المأذون لها بالتجارة فيها بأقل من قيت أو المترى شيئاً باكثر منها، وكان كل من المقص والزيادة فاحتى فيضا عشر المنافق من المقص والزيادة فاحتى فيضا خلال بين المعلم عمل المنافق من المقد صار مضرًا عضا بكان المقد صار مضرًا عضا لا المنافق على المنافق على المنافق على المنافق على المنافق المنافق على المنافق على المنافق المنافق على المنافق على المنافق على المنافق على المنافق على المنافق المنافق على المنافق على المنافق المنافق على المنافق على المنافق على المنافق المنافق على المنافق على المنافق المنافق على المنافق

واستدل الإمام على رأيه بأن الإذن برفع الحجر، فيحم ساتر أنواع التصرفات، ولأنه ريا يكون اليج بغين فاحش وسيلة لأمر مهم يعود عليه بفائدة عظيمة. والمظاهر أن رأي الصاحبين أوفق وأرفق بالسهبي، اللهم إلا إذا علم أن وسيلة لفائدة مهمة فإنه في هذه الحالة يبنغي العمل يقول الإمام الأن الغرض مراعاة المصاحبة، وكما يملكان البيع والشراء يصح لها التوكيل جهالا لأن التوكيل هر وإقامة الغير متام نفسه في تصرف جائز معلوم، عن يملكه. ويجوز لهما أيضًا الإجارة والاستجار والمؤافرة وعلى المنافرة على ملكه، ويجوز لهما أيضًا الإجارة والمستجار والمؤافرة عملوم على المنافرة على المنافرة المنافرة المنافرة المنافرة المنافرة المنافرة المنافرة المنافرة على المنافرة على المنافرة المنافرة المنافرة المنافرة المنافرة المنافرة على المنافرة

وكذا يملك الصبي والرقيق الرهن والارتهان، فلكل منهما أن يرهنا شيئًا من المال في نظير دين عليه، وأن يأخذ شيئًا ماليًا من مدينه ليكون رهنًا عند، حتى يستوفي دينه؛ لأن في الرهن والارتهان قوة الثقة في المعاملة، والتاجر في حاجة إلى ذلك، ويصح لكلِّ منهما أن يقر بدين في ذمته أو عين عنده ضواء كان وجودها عنده بطريق الفصب أو الأمانة بأن كانت وديمة أو عارية عند؛ لأن الإقرار من توابع التجارة بها أنه يبع ويشتري بشمن مؤجل فيلزمه الثمن وتسليم لليم، فيحتاج إلى= أو ضروراتها يملكه المأذون وما لا فلا؛ لأن كل ذلك داخل في الإذن بالتجارة فيملك الشراء

= أن يقر بذلك؛ إذ لو لم يقر بها وجب عليه لاعتنع الناس من البيع له بشدن مؤجل خوف ضباع أموالهم بسبب التعامل معه، وذلك ربها يؤدي إلى انقطاع تجارته، فيكون الإقرار من ضروريات التجارة التي هو يملكها، ومن ملك شيئًا ملك ما هو من ضرورياته.

بقي ما إذا أقر بشيء ليس له تعلق بالتجارة، كيا لو أقر بشيء عا ورته لزيد صلاً، فمشتخيى ما تقدم أنه لا يصبح لعدم تعلقه بالتجارة، وهذا ما رواء الحسن عن أبي حيثة، لأنه لا داعي إلى القول بقول الوراو، بما أنه ليس من باب التجارة. وفي ظاهر الدي بقيل إفر اور ويصح ه لأن فلك الحكير عنه بالإذن افي إلى جدات تقلك الحجر عنه بالبلوغ بالمسبة الأموال ورواية الحسن هي الظاهرة، ولكن يرد على صحة الإقرار أن الوبل لا يعلك، فيكيف بملك الصبي ذلك مع أن صحة تشره مستفادة منه وأجابوء عن ذلك بانه لما تقل على أن صحة تشره مستفادة منه وأجابوه عن ذلك بانه لما تقل عنه المجرب بالإذن العرارة الوالم

على نفسه، بخلاف إقرار وليه عليهه الأنه إقرار على الغير فلا يقبل لما تقرر من أن الإقرار حجة قاصرة على المقر. وبها أنه يقرر للمسبى والرقيق المأقون لهم أني التجارة التنازل عن جزء من الثمن تقد ما يستاسع فيه النجاره الأن ذلك من صنع التجار، وعلى المصروبه فيسوغ أنه أن يقمل ما هو أنقط لتجارة، كها هو الشأن أن كل تاجر ضير بأحوال التجارة، بعلادك ما إذا كان التنازل من غير عبد أنه لا يكون صحيفًا لاك ترع عض وهو لا يملك.

وإذا باع الصبي أو الرقيق أو اشتريا شيئاً أو أجرا أو استأجرا شيئًا بمحاباته، أي باتقص من القيمة بالنسبة للميع، وبأزيد بالسبة للشراء، وبأنقص من الأجرة في الإيجار، وبأزيد منها في الاستنجار، جاز لهما ذلك اتفاقًا إذا كان الغين يسيرًا. فإن كان فاحشًا جاز عند الإمام دون الصاحبين، وقد تقدم دليل كل منهها.

وإذا كان لها دين مستحق الدفع في الحال جاز لها تأجيله إلى زمن معلوم، كيا أنه يجوز لها الصلح في الدين بأخذ بعضه، وإسقاط الباقي ولكن عل ذلك إذا لم يكن الدين ثابتًا بالبينة أو حكم القاضي، ونحو ذلك.

فإن كان الدين ثابتًا، فلا يجوز إسقاط شيء منه الأنه تبرع، وهو لا يجوز. وكلّ شيء ليس من صنع النجار لا يجوز فعله. وينتي هل ذلك أنه لا يجوز فيها أن يقرضا من ملها شيئًا لأمو، المياشط شاء عند الفدرة عليه با في ذلك من معنى الترج أيضًا فإنه قد يعجز المدين عن الأداء، فيضيع مالها بدون فائدة، كما أنه لا يجوز لها إعطاء شيء من أموالها بطريق الهت بلا عوض؛ لأن ذلك تبرع عضى فإن كانت الحبة بعوض فلا يجوز أيضًا لأنها تبرع ابتداءً، والمظاهر الجواز، خصوصًا هر رأي من يقول بأن المنات بعوض بيعً إبتداءً وإنتهاءً.

ولا يجوز للمأذون أن يكفل غيره؛ لأنه لا فائدة له في الكفالة، وفي الغالب تعود عليه بالضرر؛ لأن الدانن يجوز له المطالبة والحبر على أداء الدين الذي كفله، وقد يعجز المدين عن أدائه. وقس على ذلك غيره من كل محيء غير متعلق بالتجارة كالنزوج.

والذي آم حن الإذن في التجارة للرقيق هو سيده للكه إياد. وأما الصبي فالذي يملك الإذن له فيها، هو أبوه، ثم وصيد ثم جدارة وصيد ثم الخدارة ونحواه كالبيع، فيملكرن الإذن لم يوسية والمقارف الإذن الم تعالى المستحدة والمستحدة والمستحدة بن المستحدة المستحددة المستحددة

والبيع بالنقد والنسينة والعروض؛ لأن كل ذلك من التجارة ومن عادة التجار، وكذلك يملك البيع والشراء بغين يسير بالإجماع؛ لأنه من التجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى ملكه الأب والوصى، وكذا بالغين الفاحش عند أبي حتيفة، وعندهما لا يملك.

وجه قولهما أن البيع بغبن فاحش في معنى التبرع. ألا يرى أنه لو فعله المريض يعتبر من الثلث كما في سائر التبرعات، والمأذون لا يملك التبرع.

وجه قول أبي حنيفة أن هذا بيع وشراء على الإطلاق؛ لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقًا، فكان تجارة مطلقة فدخلت تحت الإذن بالتجارة، ثم فرَّق أبر حنيفة بين المأذون وبين الوكيل حيث مال وبين الوكيل حيث مال: الوكيل حيث قال: إن المأذون يملك النبيع والشراء بالغبن الفاحش، والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش، والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش، بالإجماء.

ووجه الفرق له أن امتناع جواز الشراء بالغين الفاحش في باب الوكالة لمكان التهمة، لجواز أنه اشترى لنفسه، فلما ظهر الغين أظهر الشراء لموكله فلم يجز للتهمة، حتى إن الوكيل لو كان وكُّل بشراء شيء بعيته ينفذ على الموكل لانعدام التهمة؛ لأنه لا يملك الشراء لنفسه، ومعنى التهمة لا يتقدر في المأذون؛ لأنه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء.

ولو باع من وصيه أو اشترى منه فإن لم يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيهما نفع ظاهر، فإن كان بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله فكذلك عند محمد، وعندهما يجوز، وللمأذون أن يُسلّم فيما يجوز فيه السَّلَم، ويقبل السلم فيه؛ لأن السلم مِنْ قِبَلِ ربِّ السَّلَم شراء الدين بالعين، وكل ذلك تجارة، ولي المُسُلِم إليه بع الدين بالعين ومن قِبَلِ ربِّ السَّلَم شراء الدين بالعين، وكل ذلك تجارة، وله أن يوكل غيره بالبيع والشراء؛ لأن ذلك من عادات التجار، أو التاجر لا يمكنه أن يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من أعمال التجارة، وكذاله أن يتوكل عن غيره بالبيع بالإجماع وتكون العهدة عليه، ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر إن وكله أن يشتري أشياء بالنقد جاز استحسانًا دفع إليه الثمن أو لم يدفع وتكون العهدة عليه، والقياس أن لا تجوز هذه الوكالة.

ووجهه أنها لو جازت للزمته العهدة وهي تسليم الثمن فيصير في معنى الكفيل بالثمن، ولا تجوز كفالته فلا تجوز وكالته.

وجه الاستحسان أن التوكيل بالشراء بالنقد في معنى التوكيل بالبيع. ألا ترى أنه لا يجب

⁼ لا يملك الأخ والعم الإذن له؛ لأن ولايتهما على نفسه لا على ماله، والبالغ المعتوه المأذون له في النجارة حكمه حكم الصبي الميز المأذون له في جميع الأحكام المتقدمة.

عليه تسليم المبيع، فكان هذا في معنى البيع لا في معنى الكفالة. وله أن يستأجر إنسانًا يعمل معه أو مكانًا يحفظ فيه أمواله أو دوابً يحمل عليها أمتحه؛ لأن استئجار هذه الأشياء من توابع التجارة، وكذا له أن يؤاجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا؛ ولأن الإجارة من التجارة حتى كان الإذن بالإجارة إذنًا بالتجارة، وله أن يرهن ويرتهن ويعير ويودع ويقبل الوجعة؛ لأن ذلك كله من عادات التجار ويحتاج إليه التاجر أيضًا، وله أن يدفع المال مضاربة ويأخذ من غير مضاربة لما قلنا، ولأن الأخذ والدفع من باب الإجارة والاستئجار، والمأذون يملك ذلك كله، وله أن يشارك غيره شركة عنان؛ لأنها من صنيع التجار ويحتاج إليه التاجر، وليس له أن يشارك شركة مفاوضة؛ لأن المفاوضة تتضمن الكفالة له، ولا يملك الكفالة فلا يملك المفاوضة.

ويجوز أن يتوكل المأذون عن غيره بالشراء نقدًا، ولا يجوز أن يتوكل لغيره بالشراء نسينة ويملك الإقرار بالدين؛ لأن هذا من ضرورات التجارة؛ إذلو لم يملك لامتنع الناس عن مبايعته خوفًا من تَوّاء أموالهم بالإنكار عند تعذر إقامة البينة، فكان إقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح . ويملك الإقرار بالعين؛ لأن العادة قد جرت بشراء كثير من الأشياء بظروفها فلو علم الناس أنه لا يصح إقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الأعيان إليه فلا يلتنم أمر التجارة . ولا يملك الإقرار بالجناية؛ لأن الإقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناوله الإذن بالتجارة فلا يصح منه.

والمأذون لا يملك الإبراء عن الدين بالإجماع؛ لأنه ليس من التجارة، بل هو تبرع فلا يملكه المأذون. وهل يملك الحط؟ إن كان الحط من غير عيب لا يملكه أيضًا لما قلنا، وإن كان الحط من عيب بأن باع شيئًا ثم حط من ثمنه ينظر؛ إن حط بالمعروف بأن حط مثل ما يحطه التجار عادة جاز؛ لأن مثل هذا الحط من توابع التجارة، وإن لم يكن بالمعروف بأن كان فاحشًا جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز، وقد ذكرنا أصل المسألة فيما قبل، وهل يملك الصلح بأن وجب له على إنسان دينً فصالحه على بعض حقه؟

فإن كان له عليه بينة لا يملكه؛ لأنه حط بعض الدين، والحط من غير عبب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون. وإن لم يكن له عليه بينة جاز؛ لأنه إذا لم يكن له عليه بينة فلا حق له إلا الخصومة والحلف، والمال خير من ذلك فكان في هذا الصلح منفعة فيصح، وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفاء كله من عادات التجار، فكان داخلًا تحت الإذن بالتجارة. (مادة ۲۷۳): المحجور عليه حجرًا قضائيًّا بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة ونحوهما فلا تفذ عقوده فيها إلا إذا أجازها القاضي، فإن أجازها نفذت، وإن ردها بطلت.

وإنما تصح تصرفاته التي لا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق والإعتاق والاستيلاد والتدبير وهو في وجوب زكاة وفطرة وحج وعبادات وزوال ولاية أبيه أو جده وفي صحة إقراره بالمقوبات وفي الإنفاق على مَنْ تلزمه نفقتهم وفي وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث كبالغ(۱۰).

⁽١) قال الشيخ عمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: تقدم حكم تصرفات الصبي ومن ألحق به، كالمجنون والمعتوه وبقي حكم نصرفات الكبير السفيه.

فالسفه: هو تضييع المال وتبذيره على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع ولو كان في سبيل الخير.

والسفيه: هو من يتصرف في أمواله على خلاف موجب الشرع والمقل، بل ينيع الهرى ويترك ما يدل عليه المقل، فهو في تصرفاته حائد عن الطريق السوي، يصرف ماله في الملاهي ويغين في معاملاته، ولذلك اضطربت آراه الفقهاء في حكم تصرف.

فقال أبو يوسف وعمد وباقي الأنمة بالحجر عليه لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤَوَّا فَكُفَّةَ الْرَكَامِ فَيْ مَنِا الله [الساء: 6]. فالأبة الشريفة واضحة في أن السفهاء لا يُسكنون من أموالهم، بل الذي له القيام طبها، والسموف فيها هو الولي. وهذا هو معنى الحجر، ومزز ذلك يقوله جل وهذا ﴿ فَرِكَانَ اللّهِنَّ التَّمُّ سِيّها أَنْ تَسِيقاً الْوَابَتِ عَلَ وَرَقُعُ الْمَاتِمَ لِلهِ اللّهِ مِنْ اللّهِ اللهِ اللهِ على اللهِ اللهِ على اللهِ اللهِ على اللهِ الحجر، ولأن في الحجر على حفظ أموال كي لا يكون عائد على غيره بعد أن كان ذا مال؛ ولأن الحجر ثبت على الصبي لتوهم تبذير لأمواله، والسفيه عنت عدد ذلك، فهو أولى بالحجر.

وقال أبو حنية: لا يحبر عليه لأنه مكلف، كالرشيد بخلاف الصبي والمتوه، فإن عقلها ناقص، ولهذا لم يكلفا، لملا يصعر فياس السنيه عليها، ولأن في الحجر عليه إلحاقاً له بالهاتم والمعاراً لأدميه وهذا أشد شررًا من ضباع ماله. والقاعدة: أنه إذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف وقوله تمثل: ﴿ وَالْوَوْلَالْتَابِيّةَ الْمُرَاكِّةَ الْمَلْعَلَى الله الشاع أنها أنها المسابات الأن المثال الصبابات الأن المال الصبابات الأن المال الصبابات الأن المال المسابات المالية المسابات المالية الله يتمام المالية المالية المالية المالية المالية المنافذة المنافذة المنافذة المسابات المالية المالية المالية المنافذة المنافذة

فقال أبو يوسف: لا يثبت الحجر إلا بحكم القاضي، ولا يزول عنه حتى يطلق.

=وقال محمد: يحجر عليه من وقت السفه، ويزول عنه الحجر بزوال السفه، ولكلُّ منهما دليل على رأيه.

فاستدل أبو يوسف على رأيه بأن السفه لبس بشيء محسوس، وإنها يعلم بالنظر في تصرفات، وذلك محتمل لأنه يجوز أن يكون للسفه وأن يكون حيلة لاستجلاب قلوب الناس، فيقبلون على معاملته وحيث كان محتملاً فلمين الأمرين. فلا يبت الحجر عليه إلا بعكم القاضي، ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه، فلا يبت إلا بعكم القاضي، كالحجر بهب المدين

واستدل عمد على رأيه بأن العلة في الحجر هي السفه، فعنى تحقق ثبت عليه موجبه، بغير قضاء، كالصبي والمجنون والجامع بينهم أن الحجر لمدنى في نضمه بخلاف الحجر بسبب الدين لأنه لحق الغرماء، وهم لا ولاية لهم عليه حتى يعنعوه من التصرف، ولكن القاضى له الولاية عليه. فيتوقف على قضائه عليه بطلبهم.

ريبني على هذا الخلاف أن التصرفات التي حصلت من قبل القضاء عليه بالحجر نافذة عند أبي يوسف، وموقوفة عند محمد؛ لاحتيال أن يكون فيها مصلحة، فإذا رأى القاضي فيها نفقًا له أجازها وإلا ردها.

أما التصرف الذي باشره بعد إصلاحه وزوال سفهه وقبل فك القاضي الحجر عنه فنافذ عند محمد لزوال الماتمه. وهو السفه، وموقوف عند أبي يوسف، لأن الرتد غير عسوس، فيتوقف على فضاء القاضي، والظاهر أن رأي عمد أرفق به وأوقته! لأن الحجر عليه أثناثة تعود عليه وهي حفظ أمواله من التبديد حتى لا يصير عالة على غيره، فإذا لم يكن الحجر عليه من وقت السفه ريما انعدمت تلك الفائدة؛ لأنه يجوز أن يتصرف في جمع أمواله بيمًا يشعن بخس،

فإذا رفع الأمر إلى القاضي وأراد الحجير عليه بعد التحريات التي تستغرق زمناً طويلاً وجده قد أنفى جميع أمواله أو أكثرهما وهذا بنائي الفائدة القصودة من الحجير، وهي المحافظة على أمواله، ولكن لو جرى الفاضي على وأي عمد ورأة قد تصرف في أمواله بيطل تلك التصرفات ويرد عليه أملاك بدون شيء، أو يرد ما أخذ من الأثبان القلبلة التي يكين لها يعر قليل من الملاك.

والسني المحبور عليه على القول الفتى به حكمةً حكم الصبي الميز في بعض الأشياء، ويخالفه في البعض الآخر. فيوافقه بالسبة للعمر فات التي تحصل الفسيغ ويطلمها الهزاء، مثل السبع والشراء والإجازة والاستجار والرم ن والارجهان ونحو ذلك، كالمرارحة والمسائلة، فإذا بالمتر عقداً من مذه العقود ترقف نفاذها على إجازة الفاضي لها، فإن أجازها إجازة معيرة لما علم فيها من فائدة الصبي نفذت، وإن ردها بطلت بخلاف العقود النافعة له نفقاً عضاً، فإنها تنفذ، ولو لم يجزها الفاضي.

ويخالفه في أشباء منها التصرفات التي لا تحتمل القسية ولا يبطلها الهزار، فيجوز له التزويج، وإن لم يسم مهراً أو كانت التسبية فاسدة لومه مهم الشل وأن سمي مهراً، فإلان كان أقل أو سالوياً لهم الشار فيها، وإن زادعه لومه المثار، وبط أزاد عليه لا يلزم وإلا إذا التزم بالتسبية، وليس هو من أهل الالتزام، وإن طلّق يقع طلاق، لأن الفرض أن السفيه كتامل المقل، والطلاق لا يؤثر فيه الهزار، فلا يؤثر فيه السفة، وكذا الحكم في الدنق والندير، وهو قوله لمن يريد تدبيره: كتامل العقل، والطلاق لا يؤثر فيه الهزار، فلا يؤثر فيه السفة، وكذا الحكم في الدنق والندير، وهو قوله لمن يريد تدبيره:

ومنها وجوب الإنفاق من ماله على نفسه وزوجته وأولاده ومن تجب عليه نفقتهم من أقاربه؛ لأن إحياء نفسه وزوجته وأولاده والإنفاق على ذي الرحم المحرم حتى واجب عليه، والسفه لا يبطل الحقوق.

ومنها وجوب الزكاة عليه، وهي أنقةً: الطهارة والزيادة. وشرعًا: تمليك جزّه مالي لفقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه مع قطع المنفعة عن المملك من كل وجه للَّه تعالى.

ومنها وجوب صدقة الفطر عليه التي مقدارها نصف صاع من القمح وهو يساوي سدس كيلة مصرية، وكذا سائر =

وأما السفيه فليس بمحجور عن التصرفات أصلًا عند أبي حنيفة، وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد: وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهًا يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وإذا بلغ رشيدًا يدفع إليه ماله.

فأما في التصرفات فلا يختلفان، حتى لو تصرف بعدما بلغ سفيهًا ومنع عنه ماله نفذ نصر فه، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده.

وأما عندهما: فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه، وشراؤه، وإجارته، وهبته، وصدقته، وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ.

وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء، فيجوز طلاقه ونكاحه وإعتاقه وتدبيره واستيلاده، وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه، والزكاة في ماله، وحجة الإسلام، وينفق على زوجاته، وأقاربه، ويؤدي الزكاة من ماله، ولا يمنع من حجة الإسلام، ولا من العمرة، ولا من القرابين، وسوق البدنة، لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدي على يد أمين لينفق عليه في الطريق، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيهما، ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص، وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله، وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد، إلا أنه إذا نزوج امرأة باكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة، وإذا أعتى عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية، وذكر الطحطاوي عن محمد - رحمهما الله -: أنه رجع عن ذلك، وقال: يعتق من غير سعاية. فأما فيما سوى وما كان فيه مضرة رده.

وهذه المادة تتفق على ما ورد في مادة (٩٥٨) من مجلة الأحكام العدلية والتي تقول:

⁼ العبادات واجبة عليه؛ كالحج والصلاة؛ لأنه مكلف ومخاطب بها كالرشيد.

ومنها زوال ولاية أبيه وجدُّم، فلا يصلك أحدُّ منهما بيعَ شيء من أمواله، ولا شراء شيء له، إلا بإذن الحاكم، بخلاف الصبي، فإن كلُّ من الأب ووصيه والجد ووصيه يصلك ذلك بالنسبة له.

ومنها صحة إقراره بالعقوبات؛ فإذا أقر على نفسه بوجوب القصاص في نفس أو فيها دونها عوقب بها يستحق بمقتضى إقراره.

ومنها صحة وصاياه في سبيل الخير من الثلث إن كان له وارث ولم يجزها، فإن لم يكن أو كان وأجازها نفذت من كل ماله. ورصحةً وصاياه منية على الاستحسان لا على القبار، لا كان مقتفى القبلس عدم جوازها لا أن الوصية تبرع، وإن كان التلك التمليك فيها لا يكون إلا بعد الوفات، فكها لا تجوز تبرعاته حال حياته لا تجوز بعد وفاته، ووجه الاستحسان أن الحجر ثبت عليه لحفظ هاله كي لا يكون عالة على غيره، وذلك إنها يكون إذا تبرع بهاله حال حياته لا فيها تبرع به من الثلث، أو الكل بعد وفاته، أي حال استختائه عن ماله، فجازت استحسانًا نظرًا لما يناله من التواب العظيم والثناء الجميل، فهو في هذه الأمياء كلها كالبالغ الرئيد.

« للحاكم أن يحجر على السفيه »(١).

وتنفق هذه الأحكام أيضًا مع ما جاء في المادة (٩٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشربعة الإسلامية و نصها:

« تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، وترفع الحجر منهم وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون ». وتقابل المادة (٩٤) من التقنين العراقي التي جاء فيه أن « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم ». وتقابل المادة (١٢٧) من التقنين الأردني، ونصها:

١ - « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم.

أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقًا للقواعد.
 والإجراءات المقررة في القانون.

٣ - يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة ١٠.

...

 (مادة ۲۷۴): يشترط لصحة عقود التبرعات؛ كالهبة والصدقة والوصية أن يكون المتبرع عاقلًا بالغًا مطلق التصرف في ماله، ولا يشترط المقل والبلوغ في المتبرع (٢٠ له بهبة أو صدقة أو وصدة (٢٠).

يشترط أن يكون الواهب معن يملك التبرع؛ لأن الهبة تبرع فلا يملكها مَنْ لا يملك التبرع؛ فلا تجوز هبة الصبي والمجنون؛ لأنهما لا يملكان التبرع؛ لكونه ضررًا محضًا، لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف؛ لأن التبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن، وقد قال الله عز شأنه فح وَلا تَقْرَيُوا مَالَ الْيَتِيرِ إِلَّا فِالَّي مِي آحَسَنُ فِي آلانما، ١٥٠١؛ ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضررًا محضًا وترك المرحمة في حق الصغير، فلا يدخل

⁽١) مجلة الأحكام العدلية (مادة ٩٥٨) وشرحها.

⁽٢) ا في المتبرع ا ساقطة من طبعة دار الفرجاني، والمثبت من طبعة نظارة المعارف، وهو الصحيح.

⁽٣) قال الشيخ محمد زيد الإيباني في شرح هذه المادة: يشترط لصحة عقود التبرعات، مثل اللّمة والصدقة والوصية أن يكون المتبرع حرًّا عاقلاً بالمقا مطلق النصر ف في أمواله غير مجمور عليه لسفه ولا دين؛ لأن هذه العقود مضرة ضررًا محصًا بالنسبة له . وعقود المحجور عليه المضرة به لا تجوز، بخلاف عقود المتبرع لم يها، فإنها لا تتوقف على بلوغه ووشده؛ لأنها نافعة له نفكًا عضًا فتنفذ بمجرد وجود عقله وتحييزه، بدون توقف على إجازة مُنَّ له الولاية على ماله.

وكذلك كل عَقد يكون من شأته الضرر بالنسبة للتعاقد فإنه يلزم لصحته بلوغ العاقد ورشده.

تحت ولاية الولي لقوله ﷺ و لا ضرر ولا ضرار و (ان وقوله ﷺ: و من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا (ان ولهذا لم يملك طلاق امر أنه وإعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة. وإنْ شَرَطُ الأبُ العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز ، وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون أنه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض ، وعنده يجوز بشرط العوض. والأصل عنده منا: أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض ، والأصل عنده : أن كل من للا يملك الهبة بعوض .

وجه قول محمد: أن الهبة تعليك فإذا شرط فيها العوض كانت تعليكًا بعوض، وهذا تفسير البيع، وإنما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التعلك.

ولهما: أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعًا ابتداء ثم تصير بيعًا في الانتهاء، بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض. ولو وقعت بيمًا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض؛ لأن البيع يفيد الملك بنفسه، فدل أنها وقعت تبرعًا ابتداء، وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بعًا بعد ذلك.

♦ (مادة ٢٧٥): يشترط لصحة عقود الضمانات ووجوب حفظ الودائم والأمانات والالتزام بأداء الدين المحال به في المداينات أن يكون كلِّ من الضامن والمستودع والملتزم بوفاء الدين المحال به عليه عاقلًا بالغًا غير محجور عليه، ولا يشترط المقل والبلرغ في صاحب الدين المضمون أو المحال به ولا في صاحب الوديعة إلا إذا باشر كلِّ منهما المقد بنفسه، وهو غير عاقل أو عاقل غير مأذون فإنه لا يتعقد في الأول، ولا ينفذ في الثاني، إلا إذا أجازه الولي أو الوصي ٣٠.

يشترط في الوديعة لصحتها عقل المودع، فلا يصح الإيداع من المجنون، والصبي، الذي

⁽١) سنن ابن ماجه: ٢/ ٧٨٤ برقم (٣٣٤١). ﴿ ٢) سنن أبي داود: ٤/ ٢٨٦ برقم (٤٩٤٣).

⁽٣) قال الشيخ محمد زيد الإبيان: ينبي على ذلك أن عقوه الضيانات كالكفالة والتي يترتب عليها حفظ الأمانات. كالروبة والالترام بالدين وانتقاله إلى ذمته كالحوالة يشترط لصحها أن يكون كلَّ من الكفيل والمرّدَع (بالنتيم) والملتزم بأداء الدين – الذي يقال له: عتال عليه – حرًّا عاقلًا بالذًا وشيدًا غير عجور عليه؛ لأن هذه المقود مضرة؛ إذ إن المان له حق مطالبة الكفيل حتى يؤديه له، وربيا يحجز الكفول وهو المدين الأصلي عن أدائه، فيضيع عليه ماله بدون فامدة تمود عليه.

وكذلك الحكم في المحتال عليه الملتزم بأداء الدين. وأما المودّع، فإنه يشتغل بحفظ الوديعة بدون مقابل، وربها قصّر =

العقود: ماهية العقد وشرائطه ________ 009

لا يعقل؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية.

وأما بلوغه: فليس بشرط عندنا، حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التأجرة. مما يحتاج المتجارة. مما يحتاج إليه التاجرة وعند الشافعي - رحمه الله - لا يملك التجارة، فلا يملك توابعها، ومنها عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون، والصبي الذي لا يعقل؛ لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحظة ومن لا عقل له لإيكون من أهل الحفظ.

وأما بلوغه: فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون؛ لأنه من أهل الحفظ؛ ألا ترى أنه أذن له الولي، ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الإذن له سفهًا.

وأما الصبي المحجور عليه: فلا يصح قبول الوديعة منه؛ لأنه لا يحفظ المال عادة. ألا ترى أنه مُنيمٌ منه ماله؟ ولو قبل الوديعة فاستهلكها فإن كانت الوديعة عبدًا أو أمة يضمن بالإجماع، وإن كانت سواهما فإن قبلها بإذن الولي فكذلك، وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يضمن.

وجه قوله: أن إيداعه لو صبح فاستهلك الوديعة يوجب الضمان. وإن لم يصبح جعل كأنه لم يكن، فصار الحال بعد العقد كالحال قبله. ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبدًا أو أمة.

وجه قولهما: أن إيداع الصبي المحجور إهلاك للمال معنى، فكان فعل الصبي إهلاك مال قائم صورةً لا معنى، فلا يكون مضموناً عليه. ودلالة ما قلنا: أنه لما وضع المال في يده، فقد وضع في يد مَنْ لا يحفظه عادة، ولا يلزمه الحفظ شرعًا. ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعًا؛ لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه، والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادة أنه منم عنه ماله، ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه، قال اللَّه تبارك وتعالى:

⁼ في حفظها، فتهلك، وحيننذ يلزمه عوضها، وفي ذلك ضرر عليه.

ولا يشترط المقل ولا البلوغ والرشد بالنسبة للمكفول له ولا المودع (بالكسر) ولا الملتزم له بأداه الدين، وهو المحتال إذا لم يشتر كل متهم العقد، بل الذي بالمرء هو من له الولاية على أمواهم، لأن هذه المقورة تحتمل الفنة والضرر وكل عقد شأنه فلك بهز المولي بماشرة. ولكن لو باشر الملدين عقد الكفالة إذا المورج (بالكسر) عقد الوجهة أو المحتال عقد الحوالة قالا بد من وجرد التسييز والعقل عندهم حتى تنفذ عقودهم؛ لأن القصد في المقود ضروري لانعقادهما، ولقصد لا بد فيه من المقال، ولا يشترط عن التسييز البلوغ إذا كان العاقد مأذونًا له في المقدد فإن كان غير مأذون له في فيشترط أيضًا البلوغ والرشد حتى يكون عقده نافذا، كما تقد،

فإن باشر العقد غير عاقل بطل، وإن بَاشره وهو مميز غير مأذون له توقف نفاذه عل إجازة مَنْ له الولاية كالولي والوصي على ماله.

﴿ فَإِنْ ءَامَنَمُ يَنْهُمْ رُبُقًا فَادَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمُرُكُمْ ﴾ [الساد: ٢] وبهذا فارق المأذون؛ لأنه يحفظ المال عادة لكان الدفع إليه تضييمًا وسفهًا، عادة لكان الدفع إليه تضييمًا وسفهًا، وإنما يجب عليه ضمان اللم؛ لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الأدمى، لا ضمان المال، والعبد من حيث إنه آدمى قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده، فهو الفرق.

وأما شرائط الكفالة فأنواع، بعضها يرجع إلى الكفيل وبعضها يرجع إلى الأصيل وبعضها يرجع إلى المكفول له وبعضها يرجع إلى المكفول به، ثم منها ما هو شرط الانعقاد، ومنها ما هر شرط النفاذ.

أما الذي يرجع إلى الكفيل فأنواع:

منها: العقل، ومنها: البلوغ، وإنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون؛ لأنها تعقد تعقد معن ليس من أهل التبرع، إلا أن الأب أو الوصي الصبي والمجنون؛ لأنها تعقد تبرع فلا تنعقد معن ليس من أهل التبرع، إلا أن الأب أو الوصي لو استدان دينًا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز؛ لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيلًا، فلم يكن متبرعًا. فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن واجبًا عليه فكان متبرعًا فيه، فلم يجز.

♠ (مادة ٢٧٦): يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها
أن يكون المتصرف في العين الوارد عليها المقد مالكًا لها أو وكيلًا عن مالكها إن كان عاقلًا
بالمًا أو وليًّا أو وصيًّا عليه إن كان صغيرًا أو كبيرًا مجنونًا أو معتومًا، وأن لا يتعلق بالعين حق
لغير المتصرف فيها(١٠).

الغير المتصرف فيها(١٠).

تتناول هذه المادة اشتراط الملك أو الولاية في كل العقد؛ فلا تنفذ إجارة الفضولي لعدم

⁽۱) قال الشيخ عمد زيد الإبياني: علمتَ من شرح المادنين السابقين ما يلزم في عقد التبرعات، كالهبّة وفي عقود الشهبّات، كالكفائد. أما إذا كان المقد واردًا على الأعيان الماليّة مثل السيح أو على منافعها، كالإجارى فيشترط لنفاذ، أمران: الركزة أن يكون العاقد له حق التعمر ف في العين التر وورد عليها المقد، بأن يكون مالكًا لها، أو نائثا عنه كأن يكن ر، كلًا

الأول: أن يكون العاقد له حق التصرف في العين التي ورد عليها العقد، بأن يكون مالكًا لها، أو نائبًا عنه؛ كأن يكون وكيلًا له إذا كان المالك عاقلًا باللمّا أو روليًّا أو وصيًّا إذا كان صغيرًا أو ملحثًا به كالكبير المجنون أو المعتوه. فإن كان العاقد ليس له حق النصر ف بأن كان فضو ليًّا، فالعقد موقوف على إجازة المالك أو نائبه.

الثان: أن لا يتعلق بالعين الوارد عليها العقد حقّ للغير بأن لا تكون مرهونة ولا مستأجرة. فإن كانت مرهونة أو مستأجرة توقف نفاذ العقد عل إجازة المرتهن أو المستأجر، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه فلا ينفذ.

العقود: ماهمة العقدوش اثطه مستحدد من مستحدد المستحدد المستحدد المستحدد المستحدد المستحدد الما 3 10

الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك عندنا خلافًا للشافعي كالبيع، وعلى هذا يخرج ما إذا أجر الفضولي فأجاز المالك العقد، أنه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الأجرة للمالك؛ لأن المعقود عليه ما فات. ألا ترى أنه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز فإذا كان محدًّلا لإنشاء المقد عليه كان محدًّل للإجازة؛ إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد؛ لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت، ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء المقد عليها فلا تلحقها الإجازة.

وقد قالوا فيمن غصب عبدًا فأجّره سنة للخدمة، وفي رجل آخر غصب غلامًا أو دارًا فأقام البينة رجل أنه له، فقال المالك: قد أجزتُ ما أجرت: إنَّ مدة الإجارة إنْ كانت قد انتفضت فللغاصب الأجر؛ لما ذكرنا أن المعقود عليه قدانعدم، والإجازة لا تلحق المعدوم، وإن كان في بعض المدة فالأجر الماضي والباقي لرب الغلام في قول أبي يوسف، وقال محمد: أجر ما مضى للغاصب، وأجر ما بقي للمالك، فأبو يوسف نظر إلى المدة فقال: إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلًا للإجازة، ومحمد نظر إلى المعقود عليه فقال: كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بعياله، كأنه عقد عليه عقدًا مبتدأ بالمنافع في الزمان الماضي وانعدمت فانعدم شرط لحوق الإجازة للعقد فلا تلحقه الإجازة، وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف.

وقد قال محمد فيمن غصب أرضًا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الأرض الإجارة: إن أجرة ما مضى للغاصب، وأجرة ما بقي للمالك، وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال: فإن أعطاها مزارعة فأجازها صاحب الأرض جازت وإن كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن، ولا شيء للغاصب من الزرع؛ لأن المزارعة بمنزلة شيء واحد لا يفرد بعضها من بعض، فكان إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد. وأما إذا سمن الزرع فقد انقضى عمل المزارعة فلا يلحق العقد الإجازة.

وأما الاستتجار من الفضولي فهو كشراته فإنه إذا أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر له؛ لأن العقد وجد نفاذًا على العاقد فينفذ عليه. وإن أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر؟ إن وقعت الإضافة إليه في الإيجاب والقبول جميمًا يتوقف على إجازته، وإن وقعت

ي وحينئذ لا مخِلو حال المشتري من أحد أمرين: إما أن يكون عالمًا بالرهن أو الإجارة أو لا.

فإن كان عالمًا فلا حق له في فسخ العقد.

وإن لم يكن عالمًا فهو غير بين أن يفسخ العقد، وأن يصبر إلى فك العين الوارد عليها عقد الرهن، ومضي مدة الإجارة في صورة الإجارة. وقال بعضهم: له هذا الحق مطلقًا علم أو لم يعلم. والأول هو الظاهر.

الإضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد؛ لما ذكرنا في البيرع، بخلاف الوكيل بالاستئجار أنه يقع استئجاره للموكل وإن أضاف العقد إلى نفسه. وعلى هذا تُخرَّج إجارة الوكيل أنها نفة لم لوجود الولاية بإنابة المالك إياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل به لوكية بإنابة المالك إياه مناب نفسه فينفذ المملكيهما، كذا للوكيل. ولا يجوز له أن يؤاجر من أبيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له في قول أبي حنيفة، وعندهما تجوز باجر مثله كما في بيع العين. وله أن يؤاجر بمثل أجر اللهار، وبأقل عند أبي حنيفة، وعندهما: لبس له أن يؤاجر بالأقل، بع كما الاختلاف في البيع، ولو آجر إجرة فاسدة نفذت؛ ولأن مطلق العقد يتناول الصحيع والفاسد كما في البيع، ولا ضمان إجارة فاسدة نفذت؛ ولأن مطلق العقد يتناول الصحيع والفاسد كما في البيع ولا ضمان الفاسد. ولو لم يؤاجر الموكل الدار لكنه وهبها من رجل أو أعارها إياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن؛ لأن المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن وأحبها فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن؛ لأن المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن وأمية نافذة لوجود الإنابة من الشرع.

فللأب أن يؤاجر ابنه الصغير في عمل من الأعمال؛ لأن ولايته على الصغير كولايته على نفسه؛ لأن شفقته عليه كشفقته على نفسه، وله أن يؤاجر نفسه فكذا ابنه؛ ولأن فيها نظرًا للصغير من وجهين: أحدهما: أن المنافع في الأصل ليست بمال خصوصًا منافع الحر، وبالإجارة تصير مألاً، وجعل ما ليس بمال مألاً من باب النظر. والثاني: أن إيجاره في الصنائع من باب التهذيب والتأديب والرياضة، وفيه نظر للصبي فيملكه الأب. وكذا وصي الأب لأنه مرضي الأب، والجد أبو الأب لقيامه مقام الأب عند عدمه، ووصيه لأنه مرضيه، والقاضي لأنه نصب ناظرًا، وأمينه لأنه مُرضية، ولا تجوز إجارة غير الأب، ووصيه، والجد، ووصيه من سائر ذوي الرحم المَحرّم إذا كان له أحد معن ذكرنا؛ لأن من سواهم لا ولاية له على الصغير. ألا ترى أنه لا يملك التصرف في ماله ففي نفسه أولى، إلا إذا كان في حِجْره على الصغير أباد يؤاهم؛ لأنه إذا كان في حجره على المعلى المتابع نوع من التأديب فيملكه من حيث إنه تأديب، فإن كان في حِجْره بأن رحم مَحرم آخر هو أثرب إليه من الذي هو في حجره بأن كان الصبي في حجر عمه، وله أم فأجرته قال أبو يوسف: تجوز إجارتها إياه، وقال محجد؛ لا تجوز.

وجه قول محمد: أن هؤلاء لا ولاية لهم على الصبي أصلًا ومقصودًا، وإنما يملكون

الإجارة ضمنًا لولاية التربية، وأنها تثبت لمن كان في حجره، فإذا لم يكن في حجره كان بمنزلة الأجارة ضمنًا لولاية التربية، وأنها تثبت لمن كان في حجره، فإذا لم يكن في حجره أن الرحم إنما يلي عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم كان أولى كالأب مع الجد، وللذي في حجره أن يقبض الأجرة؛ لأن قبض الأجرة من حقوق العقد، وهو العاقد فكان ولاية القيض له. وليس له أن أبرة المنظمة عليه؛ لأن المؤجرة ماله والإنفاق عليه تصرف في ماله، وليس له ولاية التصرف في المال، وكذا إذا وهب له هبة فله أن يقبضها وليس له أن ينفقها؛ لأن قبض الهبة منفعة محض من لا يملك التصرف في ماله، ولو بيل القصاء منه؛ وأما الإنفاق فهو من باب الولاية فلا يملك من لا يملك التصرف في ماله، ولو بيل المنافئ فهو من باب الولاية فلا يملكه إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ؛ لأن في اسنفاء العقد إضرارًا به لأنه بعد البلوغ تلحقه أثر كُم يخدم الناس وقد أجره أبوه؟ هذا قبح؛ ولأن المنافع تحدث شيئًا فشيئًا، والمقد ينعقد أثر كُم يخدم الناس وقد أجره أبوه؟ هذا قبح؛ ولأن المنافع تحدث شيئًا فشيئًا، والمقد ينعقد على حسب حدوث المنافع، فإذا بلغ فيصير كأن الأب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ إجازة مال الصبي ونفسه وماله أن يؤجره بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة ولو نغل لا ينفذ؛ لأنه ضرر في حقد. وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر.

وأما استثجار الصغير لنفسه فينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة إذا كان باجرة لا يتغابن في مثلها؛ لأنه يملك يبع ماله من نفسه إذا كان فيه نظر له، وفي استتجاره إياه لنفسه نظر له، لما فيه من جعل ما ليس بمال مالاً. ويجوز للاب أن يؤاجر نفسه للصغير أو يستأجر الصغير لنفسه؛ لأن يبع مال الأب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر، بدليل أنه لو باع ماله منه بمثل قيمته أو اشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز، فكذا الإجارة.

ومنها وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون معلوكًا للبائع عند البيع فإن لم يكن لا ينعقد، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه، إلا السلم خاصة، وهذا بيع ما ليس عنده لحديث: " نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم ". ولو باع المغصوب فضمته المالك قيمته نفذ بيعه؛ لأن سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه، وههنا تأخّر سبب الملك فيكون بائمًا ما ليس عنده فدخل تحت النهي، والعراد منه بيع ما ليس عنده ملكًا؛ لأن قصة الحديث تدل عليه؛ فإنه روي أن حكيم بن حزام كان بيع الناس أشياء لا يملكها، وياخذ الثمن منهم، ثم يدخل السوق فيشتري، ويسلم إليهم فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: « لا تبع ما ليس عندك ٢٠١٥؛ و لأن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تعليك ما لا يملكه بطريق الأصالة، و أنه محال.

وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه. فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره يُنظر إن كان البائع وكيلًا وكفيلًا فيكون المبيع مملوكًا للبائع ليس بشرط، وإن كان فضوليًّا فليس بشرط للانعقاد عندنا، بل هو من شرائط النفاذ فإن يبع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، وإن رد بطل، وعند الشافعي: هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه، وبيع الفضولي باطل عنده.

(مادة ۲۷۷): يشترط للزوم عقود المعاوضات الواردة على الأعيان أو على منافعها أن
 تكون عارية عن الخيارات^(۱).

شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته هو أن يكون خاليًا عن خيارات أربعة، وهي: خيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات، وهذا عند الأحناف، وقال الشافعي: افتراق العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضًا، والخلاف في خيار المجلس الذي لا يثبت عند الأحناف ويثبت عنده على السيعان بالخيار ما لم يفترقا "" وهذا نص في الباب؛ ولأن الإنسان قد يبيع شيئًا ويشتري ثم يبدو له فيندم فيحتاج إلى التدارك بالفسنح، فكان ثبوت الخيار في المجلس من باب النظر للمتعاقدين.

ولنا ظاهر قوله هذذ ﴿ يَاكَيُكُ الَّذِينَ مَاسُوا لا تَأْكُوا أَشُواكُمْ بَيْنَكُمْ وَالْبَطِلِ إِلاَّ انْ
تَكُونَ يَحْسَرُهُ عَن رَاضِ مِنتَكُمُ ﴾ [المنابع: ٢٩]، أباح اللَّه ﷺ الأكل بالتجارة عن تراضي مطلقًا عن شرط، والعقد المطلق قيد النفرق عن مكان العقد؛ ولأن البيع من العاقدين صدر مطلقًا عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفًا في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والإبطال من غير وضا الأخر، وهذا لا يجوز،

⁽۱) سنن أبي داود: ٣/ ٢٨٣ برقم (٣٥٠٣).

⁽٣) إذا كان العاقد له حن التصرف، فالعقد نافذ، ولكن لا يكون لازمًا إلا إذا خلاع، الحيار، فإن كان لكلٌّ من العاقدين خيار الشرط مثلاً، بأن شرط كل منها أو أحدهما أن يكون له حن الفسخ مدة ثلاثة أيام فالعقد غير لازم. ولمن له خيار الشرط أن يضم العقد بمنطقين خياره الذي شرطه. وكذا الحكم في كلّ مزع من أتواع الحيارات كخيار الرؤية والعيب. فإن اشترى إنسان عينًا ولم يرها، أو اشتراها ورآها، ولكن وجد بها عينًا لم يعلم به، فله حق فسخ العقد، ما لم يوجد ما يسقط خياره، وسيأتي تفصيل ذلك في علم.

ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والإقالة بعد الافتراق.

وأما الحديث فإن ثبت مع كونه في حد الآحاد مخالفاً لظاهر الكتاب فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع، وهو أن البائع إذا قال لغيره: بعت منك كذا فله أن يرجع ما لم يقل المشترى: اشتريت، وللمشتري أن لا يقبل أيضًا، وإذا قال المشترى: اشتريت منك بكذا، كان له أن يرجع ما لم يقل البائع: بعت، وللبائع أن لا يقبل أيضًا. وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد في الموطأ عن إيراهيم النخعي، وإنه موافق لرواية أبي حنيفة لما روي عن عبد اللَّه بن عمر « البيمان بالخيار ما لم يتفرقا عن محملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل بقدر الإمكان.

 (مادة ۲۷۸): يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان، بنفسه أو يوكل به غيره.

فمن باشر عقدًا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزوم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام ٢٠٠.

متى تم التعاقد مستوفيا للشروط والأركان كان ميثاقًا وعهدًا بين الطرفين يجب الوفاء به، كلَّ فيما تعهد، به ولا يمس اتفاق بين شخصين أو أشخاص شخصًا ثالثًا ليس طرفًا فيه بشخصه أو بمن يمثله كوكيله أو وصيه أو وليه. فما دام الاتفاق ليس خارجًا عن القانون العام وسببه حلال، وليس فيه أكل أموال الناس بالباطل وجب على القاضي الحكم ببنوده وشروطه بلا تدخل فيه بتعديل أي شيء فيه".

(١) المرجع السابق.

⁽٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ظهر مما تقدم أن الناس ليسوا سواء في التصرف بل يختلف ذلك باختلاف صفاتهم واستعدادهم له.

فإن كان المتصرف غير عاقل أو عاقلًا غير بالغ غير رشيد أو رشيدًا غير مالك، فقد علمت حكمه.

وإن كان عاقلًا بالغًا رشيدًا مالكًا لما يريد التصرف فيه، فيجوز له أن يباشر جيع العقود بنفسه مطلقًا صواء كانت من قبيل التبرعات أو التمهدات والالتزامات أو من قبيل المعاوضات، كالبيع والشراء.

وكها يموز له أن يباشر بنفسه يجوز له أن يوكل عُيره في مباشرتها؛ لأن من ملك التصرف في شيء جاز له أن يقيم غيره مقام نا

فإن باشر العقد بنفسه لنفسه، فهو الملزم، والمطالب بها يترتب على ذلك العقد من الحقوق والأحكام دون غيره؛ لأن من التزم بشيء يجب عليه القيام به.

⁽٣) المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد الله حسين: ٢/ ٧٢٦.

♦ (مادة ٢٧٩): من باشر بطريق الوكالة عن غيره عقد هبة أو صدقة أو إعارة أو إيداع أو رهن أو قرض؛ فإن كان وكيلًا من جهة مريد التمليك يصبح العقد على الموكل مطلقًا سواء أضاف الوكيل العقد لموكله أو لنضه.

وإن كان وكيلًا من جهة طالب التعليك فإن أضاف العقد إلى نفسه يقع العقد له لا للموكل(١٠) وإن أضاف العقد للموكل يقع العقد للموكل.

وتتعلق به الحقوق(٢) في غير القرض، إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة(٢).

الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه؛ لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض، ولا صنع للوكيل

. () قال الشيخ عمد زيد الإبياني: إن باشر العقد بطريق الوكالة عن غيره، فإما أن يكون المقد ليس من عقود المعاوضات، كالهة والصدقة والإعارة والإيداع والقرض، وإما أن يكون عقد معاوضة.

فإن كان الأول، فإما أن يكون وكيلًا عمن بريد التمليك والإعظاء، وإما أن يكون وكيلًا عمن بريد التملك والأعظاء. فإن كان وكيلًا عن مريد الإعطاء بأن قال شخص لاتحر: وكلك لتهب هذه الدين لقلان، صبح المقد للموكل مطلقًا سواء أضاف الوكيل المقد لتف أو لمولكه لأن الإضافة للموكل في الصورة الثانية موجودة معنى؛ إذ إن العين الوارد منها المقد ملك للموكل لا الركيل.

وإن كان وكيلًا من قبل طالب التملك، فإن أضاف المقد لفصه بأن قال شخص الآخر: وهبت لك كفا. فقال: قبلتُ.. وقع المقد له لا لموكله، وإن قال: وهبت لموكلك هذه العين. فقال: قبلت لفسي. بطل العقد؛ لأن القبول لم يوافقه الإيجاب، وإن أضاف العقد لموكله يقع العقد للموكل وتتعلق به سائر حقوقه.

فقر ظهر أن العين الموهرية مستحقة للغير، فللمستحق أن يطالب بها الموكل دون الوجيل، وكذا يكون المطالب بحفظ العارية والوديعة والرعن هو الموكل دون الوجيل، ولكن استشى بعض العلماء من ذلك الفرض، وقالرا: أنه إذا وكُلُّ إنسان غير، بأن يقترض له مبلغ كذا وياشر الوجيل القرض رفع العقد له مطلقًا سواء أصفافه لفضه أو لموكله. وعللوا ذلك بأن التوكيل بالاستقراض توجيل بالتحكيق والشحاذة برم ابتداءً. ووجه كونة توكيلًا بالكتري أن القرض صلة وتبرع ابتداءً.

° وأما الرسالة في القرض فهي جائزة، فإذا قال شخص لآخر: أرسلتك اشتقرض في كذا من فلان، فذهب الرسول وقال للمرسل إله: إن فلاكًا أرسلني إليك لتقرضه كذا، فأعطاء وَقَمَّ القرضُ للمرسل لا للرسول؛ لأنه سفير ومعبر. وكذلك لو وقعت عبارة التوكيل كعبارة الرسول يكون القرض للموكل، كها إذا بلغ عل سبيل الرسالة.

وعن أبي يوصف: التوكيل بالاستفراض جائز. وقال الإمام الكاساني في البدائع: الاستفراض والفرض جائز. وفي الحائية: إن وكل بالاستفراض، فإن أصاف الركيل الاستفراض إلى المركل كان للمركل، وإلا فهو للركيل وهذا هو الظاهر. وقوضم: إن التوكيل بالاستقراض توكيل بالتكدي غير واضيح، لظهور الغرق بين الأمرين، على أنهم صرحوا بجواز إن الوكيل بالنسلك بدون عوض، كما في الحبة، فكان الظاهر أن يقولوا بالجواز في القرض بالأولى، لوجود بعلى القرض

(٢) في طبعة دار الفرجاني و لحقوق ٤ والمثبت من طبعة نظارة المعارف، وهو الصحيح.
 (٣) انظر: قرة العيون، جزء أول نمرة: ٥٠٥، ٢٥٦.

في القبض، بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى، فكانت حقوق العقد راجعة إليه، وكان الوكيل سفيرًا عنه بمنزلة الرسول. بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته؛ لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض، وهو العاقد حقيقة وشرعًا على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه. وكذا في التوكيل بالاستعارة، والارتهان والاستيهاب، الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل. وكذا في التوكيل بالشركة، والمضاربة لما قلنا. وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق؛ لأنه أصل في الحقوق، والمالك أجنبي عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها): أن المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين - أمانةٌ، بمنزلة الوديعة؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه. ولو دفع إليه مالًا وقال: اقضه فلانًا عن ديني، فقال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين، فادفعه إلى، وكذبه صاحب الدين، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل؛ لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه، ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه، وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما؛ لأنه لا بدللمو كل من تصديق أحدهما، وتكذيب الآخر، فيحلف المكذَّب منهما دون المصدَّق. فإن صدق الوكيل في الدفع، يحلف الطالب باللَّه عَلَىٰ ما قبضه، فإن حلف لم يظهر قبضه، ولم يسقط دينه، وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل، وإن صُدِّق الطالب أنه لم يقبضه، وكذَّب الوكيل، يحلف باللَّه تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برئ، وإن نكل لزمه ما دفع إليه. وكذلك لو أودع ماله رجلًا، وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان، فقال المودع: دفعت، وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا.

ولو دفع المودع الوديمة إلى رجل؛ وادعى أنه قد دفعها إليه بأمر صاحب الوديمة، وأنكر صاحب الوديمة الأمر، فالقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك؛ لأن المودع يدعي عليه الأمر، وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه.

ولو كان المال مضمونًا على رجل كالمغصوب في يد الفاصب أو الدين على الغريم، فأمر الطالب، أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان، فقال المأمور: قد دفعت إليه، وقال فلان: ما قبضت، فالقول قول فلان أنه لم يقبض. ولا يصدق الوكيل على الدفع إلا ببينة أو بتصديق الموكل؛ لأن الضمان قد وجب عليه، وهو يدعي الدفع إلى فلان يريد إبراء نفسه عن الضمان الواجب، فلا يصدق إلا ببينة أو بتصديق الموكل، فإن صدقه الموكل يبرأ أيضًا؛ لأنه إذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان، ولكنهما لا يصدقان على القابض، ويكون القول قولك، أنه لم يقبضه مع يمينه؛ لأن قولهما حجة في حق أنفسهما لا في إبطال حق إلغير مع يمين

الطالب؛ لأنه منكر للقبض، والقول قول المنكر مع يمينه.

 (مادة ۲۸۰): من باشر بالتوكيل عن غيره عقدًا من عقود المعاوضات المالية كالبيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار، يقع العقد للموكل، سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو إلى الموكل(۱۰).

الوكيل هل يملك الحقوق؟ جملة الكلام فيه: أن الموكل به نوعان: نوع لا حقوق له، إلا ما أمر به الموكل؛ كالوكيل بتقاضي الدين، والتوكيل بالملازمة ونحوه. ونوع له حقوق؛ كالبيم والشراء والنكاح والخلم ونحوه.

أما التوكيل بالبيع والشراء: فحقوقها ترجع إلى الوكيل، فيسلم المبيع، ويقبضه ويقبض الشمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق. والأصل أن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفسه، فحقوقه راجعة إلى العاقد كالبياعات والإجارات والصلح الذي هو في معنى البيع، فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه، ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك، والمالك كالأجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن، ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الشمن إليه، ولو أمره الوكيل بقيض الثمن ملك المطالبة، وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم إليه.

(۱) قال الشبخ عمد زيد الإبياني: ٩ إن كان شخص وكيلًا عن غيره في عقد من عقود المعاوضات وباشر عقدًا من عقودها بان باشر عقد بهم أو إجارة أو صلح عن اقرار، وقبا أن يفسيف العقد لمركله، وإما أن يفسيفه لنفسه. فإن أضافه لموكله وقع العقد له إلا إذا خالف المركل، فإن العقد يكون موقوقًا على إجازته لأنه بالمخالفة يتعزل عن الركالة، ويكون حكمه حكم التفصيل، فإن أجاز المركل نقد عليه.

رإذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فلا يخلو الحال من أمرين: إما أن يكون التوكيل بشيء معين وثمن معلوم أو لا. فإن كان الشيء الموكل فيه معلومًا وثمت معلومًا يكون للموكل، ولا يصح أن يشتريه الوكيل لنفسه لأنه يكون تغريرًا به. هذا إذا اشتراء بالشعن المعين.

فإن خالف بأن اشتراه بأكثر من الشمن للمين له أو يتقد آخر كان للوكيل لا للموكل، لأنه قد انعزل بالمخالفة، وإن لم يعين له شيئًا، فإما أن يعين له ثمثًا أو لا. فإن عين له ثمثًا وأضاف العقد إلى ذلك الثمن، فهو للموكل سواء نواء للموكل أو لا.

وإن لم يعين له ثمثًا ونواه للموكل فهو له. وإن نواه لفسه كان لفسه لجواز ذلك شرعًا وعادة، وإن قال الموكل: اشتريته إني، وقال الوكيل: اشتريته لفسي يحكم النقد إجماعًا، فإن نقد الثمن من مال الموكل فهو له، وإن نقده من ماله، أو لم ينقده فهو للموكيل.

وإن اتفقا على عدم النبة ففيه خلاف، فقال أبو يوسف: يحكم النقد، وقال محمد: يكون للوكيل. وعلى كل حال لا يصح أن يكون في الشراء غين فاحش لما فيه من الضر ر بالمركل، والضر ريز ال شرعًا ٤.

ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه، ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه، غير أن المشترى إذا نقد الثمن إلى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانًا، وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشترى الثمن، ولا يطالب به الموكل. وإذا استحق المبيع في يد المشترى يرجع بالثمن على الوكيل إن كان نقد الثمن إليه، وإن كان نقده إلى الموكل يرجع بالثمن عليه، وكذا إذا وجد المشتري بالمبيع عيبًا له أن يخاصم الوكيل، وإذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل إن كان نقده الثمن، وإن كان نقده إلى الموكل أخذه منه. وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل، وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل. وإذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل. ولو وجد بالمبيع عيبًا إن كان المبيع في يده، ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على باثعه بالعيب، وإن كان قد سلمه إلى موكله ليس له أن يرده عليه إلا برضا موكله. وكذلك هذا في الإجارة، والاستنجار وأخواتهما، وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل كالنكاح والطلاق على مال، والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد، والكتابة والصلح عن إنكار المدعى عليه ونحوه، فحقوق هذه العقود تكون للموكل عليه، والوكيل فيها يكون سفيرًا ومعبرًا محضًا؛ حتى إن وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر، وإنما يطالب به الزوج إلا إذا ضمن المهر، فحينتذ يطالب به لكن بحكم الضمان. ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر، وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع إن كان وكيل الزوج، وإن كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع، إلا بالضمان، وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد. وهذا الذي ذكرنا: أن حقوق العقد في البيع، والشراء وأخواتهما ترجع إلى الوكيل مذهب علمائنا، وقال الشافعي - رحمه اللَّه -: لا يرجع شيء من الحقوق إلى الوكيل، وإنما يرجع إلى الموكل.

وجه قوله: أن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل، وتصرف الناثب تصرف المنوب عنه، ألا ترى أن حكم تصرفه يقع للموكل؟ فكذا حقوقه؛ لأن الحقوق تابعة للحكم، والحكم هو المتيوع فإذا كان الأصل له فكذا التابع.

ولنا: أن الوكيل هو العاقد حقيقة، فكانت حقوق العقد راجعة إليه، كما إذا تولى الموكل بنفسه، ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة؛ لأن عَقْدَهُ كلائهُ القائمُ بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلًا بفعل الغير حقيقة، وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله فلله: ﴿ وَأَن لَيْلَ لِلْإِلَيْنِ إِلَّا مَا سَكَن ﴾ [النجم: ٣٩]، وقال الله عز شأنه: ﴿ لَهَا مَا كَسَكَن كَمُلَيّا مَا الْكَشَيَدَ ﴾ [النجم: ٢٨]، وقال الله عز شأنه: ﴿ لَهَا مَا كَسَكُن هَا للههدة، فأما إذا

لم يكن بأن كان صبيًا محجورًا ينفذ بيعه وشراؤه، وتكون العهدة على الموكل لا عليه؛ لأن ذلك من باب التبرع؛ والصبي ليس من أهل التبرع، لكونه من التصرفات الضارة المحضة، فيقع محضًا لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات، ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه إن كان عالمًا فلا خيار له، فأما إذا كان جاهلًا فله الخيار، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه.

وجه قوله: أن الرضا شرط جواز التجارة، وقد اختل الرضا؛ لأنه لما أقدم على العقد، على أن تكون العهدة على العاقد، فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه، فثبت له الخيار، كما إذا ظهر به عب.

وجه ظاهر الرواية: أن الجهل بالحَجْرِ ليس بعذر؛ لأنه يمكنه الوصول إليه، خصوصًا في حق الصبي؛ لأن الأصل فيه هو الحجر، والإذن يعارض الرُّشْد، فكان سبب الوصول إلى العلم قائمًا، فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالمًا، ولو علم بالحجر حقيقة الما ثبت له الخيار كذا هذا.

* * *

(مادة ۲۸۱): إذا أضاف الوكيل عقد المعاوضة المالية إلى نفسه تعود حقوق العقد كلها إليه، فإن كان لبيع أو إجازة أو صلح من جهة المدعي يكون هو المطالب بتسليم ما باعه أو أجره، ويكون له المطالبة بالثمن والأجرة وبدل الصلح، وإذا استحق المبيع أو المؤجر أو المصالح عنه يكون للمشترى أو المستأجر أو المدعى عليه المصالح الرجوع عليه بالثمن أو الأجرة و بدل الصلح.

وإن كان وكيلًا بشراء شيء أو استئجاره أو المصالحة عنه من جهة المدعى عليه فله قبض ما اشتراه أو استأجره، وعليه دفع ثمنه أو أجرته وبدل ما صالح عنه.

فإن أضاف العقد إلى موكمله عادت كل حقوقه على موكمله، فلا مطالبة للوكيسل ولا عليه مما يترتب على المقد من الحقوق والواجبات (١٠٠.

⁽١) قال الشيخ عمد زيد الإبياني: إذا أضاف الوكيل العقد لئف عادت جميع حقوقة إليه؛ لأنه هو العائد حقيقة وحكيًا ولذلك صح إضافة العقد لنف، فإن كان وكيلا بيم أو إجارة أو صلح من جهة للدعي كان هو المطالب بنسليم ما باعه أو أجرى، ريكور له المطالبة بالنشري وتسليم الأجرة وبدل الصلح، وإن كان وكيلاً بشراء في او استجبار، أو بالمصافة من جهة المدعى عليه فله بعض ما اشتراء أو استاجره، وعلم دفع تمت أو أجرته أو العين المصالح عليها إذا لم يكن عجورًا عليه لصغر أو صف، وهذا لمغرق متعلقة به ما دام حمَّا، فإن قالم أو مات، فوكيله أو رصبه قائم مقامفي فعد المعاشقيه،

لا يشترط إضافة المقد إلى الموكّل في البيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار، فإن لم يشترط إضافة المقد إلى الموكلة، ولكن إن لم يضف المقد إلى الموكلة، ولكن إن لم يضف المقد إلى الموكلة، ولكن إن لم يضف المقد إلى الموكل تعود حقوقُ العقد إلى العاقد يعني الوكيل، إلا لموكلة، ولكن إن لم يضف العقد إلى الموكل، ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول. مثلًا: لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى بإضافته إلى نفسه ولم يضفه إلى موكلة يكون مجبورًا على تسليم المبيع إلى المشتري، وله أن يطلب ويقبض الثمن من المشتري، وإذا خرج للمال المشتري مستحق وضبطه بعد الحكم يرجع المشتري على الوكيل بالبيع، يعني يطلب الثمن الذي أعطاه إياه منه، والوكيل بالبيع، يعني يطلب الثمن الذي أعطاه إياه منه، على إعطاء ثمنة للبائع من ماله، وإن لم يتسلم الثمن من موكلة، وإذا ظهر عيب قديم في المال المشترى فللوكيل حق المخاصمة لأجل رده، ولكن إذا كان ردًّ الوكيل قد أضاف العقد إلى موكلة بأن عقد البيع بقولة؛ بعت بالوكالة عن فلان واشتريت لفلان، فعلى هذا الحال تعود الحقوق الميئة اتفا كلها إلى الموكل ويبقى الوكيل في حكم الرسول بهذه الصورة.

لكن إذا لم يضف العقد إلى موكله ولم يكن الوكيل محجورًا، تعود حقوق العقد إلى العاقد أصالة أي إلى الوكيل، والوكيل وإن كان نائبًا في أصل العقد فهو أصيل في الحقوق ويكون الموكل في الحقوق المذكورة أجنبيًّا.

وسواء ذُكر حين التوكيل كون الحقوق المذكورة عائدة للوكيل أو لم يُذكر وسواء كان الوكيل غائبًا أو حاصرًا (التنوير).

قال القاضي الإمام أبو المعالي: إن العهدة على الموكل؛ لأنه إذا كان حاضرا كان كالمباشر بنفسه فعليه العهدة (تكملة رد المحتار).

حتى أنه لو وقع التوكيل بشرط عدم عودة الحقوق المذكورة إلى الوكيل كانت الوكالة صحيحة ولا حكم للشرط (البحر، وتعليقات ابن عابدين عليه). الوكيل أصل في العقد بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيرًا لما استغنى، وإنما جعل نائبًا في الحكم للضرورة كي لا يبطل معقود الموكل ولا ضرورة في حق الحقوق؛ ولأن العاقد الأخر اعتمد رجوع الحق إليه، فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسًا أو من لا يقدر على مطالته (تكملة رد المحتار).

ويكون الوكيل سفيرًا ومعبرًا، فلا مطالبة له ولا عليه بشيء منها.

وقال الشافعي: ترجع جمع الحقوق إلى الموكل مطلقًا سوأه أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو إلى موكله؛ لأن الحقوق تابعة للملك وهو للموكل، فكذا توابعه

ومما يتفرع على كون الوكيل أصيلًا في حقوق العقد: أنه لو وكل القاضي أحدًا ببيع ماله وأضاف الوكيل العقد إلى نفسه، ووقعت محاكمة بطلب المشتري بعد البيع رد البيع إلى الوكيل بعيب قديم، كان للقاضي المُومَى إليه أن يستمع هذه الدعوى ويحكم على وكيله (البحر)، والحال أنه إذا لم يكن الوكيل أصيلًا وكان الأصيل هو الموكل، أي القاضي لما كان صحيحًا حكمُ القاضي المذكور.

ويدل كذلك على كون الوكيل أصيلًا في حقوق العقد: أنه إذا توفي الوكيل بالشراء بعد أن اشترى نسبئة تحول ثمن المبيع في حق الوكيل إلى معجل، أما في حق الموكل فيبقى الأجل (تكملة رد المحتار).

إذا توفي الوكيل تنتقل الحقوق المذكورة عند بعض الفقهاء إلى وصي الوكيل وليس إلى الموكل، وإذا لم يكن للوكيل وصيَّ تُرفعُ الكيفيةُ إلى القاضي فيمين له وكيلاً، وهذا يقوم بحقوق العقد والمعقول هو هذا، وعند بعض العلماء تنتقل حقوق العقد بعد موت الوكيل إلى موكله (التكملة، الطحطاوي، الدر المختار، البهجة، البحر).

قبل: إذا لم يكن الوكيل محجورًا؛ لأنه إذا كان الوكيل محجورًا على ما ذكر في المادة (١٤٥٨) فلا تعود حقوق العقد إليه (الدرر). فلو كان وكيل صبيًّا مميزًا غير مأذون، يردُّ المشتري المبيع إذا وجد فيه عبيًا إلى الموكل. وليس له أن يرده الوكيل المذكور (البحر). والحكم على هذا المنوال في وكيل الوكيل، وتعود حقوق العقد إلى الوكيل الثاني (الحد).

وهذه الحقوق العائدة إلى الوكيل قسمان؛ أولهما: الحقوق التي للوكيل؛ كقبض المبيع ومطالبة ثمن المبيم، والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق.

وإيفاء هذه الحقوق ليس واجبًا على الوكيل؛ لأنه متبرع. لكن يجب أن يوكل الوكيل لأجل هذه الحقوق انظر المادة (١٥٠٤) واستعمال المجلة في بعض الأمثلة الآتية ألفاظًا تشعر بكون الوكيل غير مجبر على مباشرة هذه الحقوق مبنى على هذا.

والثاني: الحقوق الثابتة على الوكيل، كتسليم المبيع، ويجبر على إيفاء هذه الحقوق كذلك.

♦ (عادة ٢٨٢): الأب المستور حاله إذا تصرف في مال ولده الصغير، أو الكبير المجنون،
 أو المعتوه بيع أو إجارة، وكان تصرف بعثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد، وليس للولد

نقضه بعد الإدراك أو بعد الإفاقة من جنته أو عتهه(١).

أولى الأولياء الأب ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد ثم وصيه، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي، وإنما تثبت الولاية على هذا الترتيب؛ لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم، والنظر على هذا الترتيب؛ لأن ذلك مبني على الشفقة، وشفقة الأب فوق شفقة الكل، وشفقة وصيه فوق شفقة الجد؛ لأنه مرضي الأب ومختاره، فكان علف الأب في الشفقة، وخَلفُ الشيء قائمٌ

(۱) قال الشيخ عمد زيد الإبياني: • هذا إذا كان الشخص رشيلًا. فإن كان غير رشيد، فأبر حنيفة لا برى الحجر عليه متى يلغ ختا وعشرين سنة والصاحبان بريانا الحجر عليه بالنسبة للتصرف في دعاله وقد تقدم ذلك في شرح المانة ١٧٧٥. وإن كان صغيرًا أو كبيرًا غير عاقل بيان كان جنرنًا أو معترفًا فانتق الأثمة على أنه عجور عليه ولا ولاية له. بل الذي يرق أموره هريد الأد عاجز عن النظر فيها ينفعه.

وذلك الغير إما أن يكون له الولاية على النفس دون المال، وإما أن يكون له الولاية على المال دون النفس، وإما أن يكون له الدلامة علمها:

> فالأول: هو عدا الأب والجد من العصبة مثل الأخ والعم. والثان: هو الوصي.

> > والثالث: هو الأب، والجد، والقاضي، جدا الترتيب.

و القصر دالاً بيان من له الولاية عل المال وحكم تصرفه سواه كان له الولاية على الفس أو لا وهم سعة: الأب، ووصيه، وإن يُتَمَّدُ والحِده ورصيه، والقاهي، ووصيه، والأب مقدم على الجميع لوفور شفته، ولكن الأبه ليسو أي درجة واحدة، بالسبة للتصرف في أموال أو لاهم، بل هم خفلفون بحسب صفاعهم الأن الأب إما أن لا يعرف بسوء الاختيار، بل يكون بشهورًا بالتدبير وحسن الاختيار أو مستورًا، وإما أن يعرف بسوء الاحتيار بأن يكون فلسد الرأي مي، التعبير،

فإن كان الأول ثبتت له الولاية في النفس والمال على أو لاده الصغار، ومن يلحق بهم من الكبار غير ألكلفين ذكورًا كانوا أو إناكًا. ولا فرق في ذلك بين كو نهم عنده وفي تربيته أو عند الحاضنة لهم، فله ختنهم وتزويجهم والتعمر ف في مالهم بكل ما فيه صلاح لهم فيسيع أموالهم بعثل القيمة ويسمر الغنير؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، لا يفاحث؛ لأنه مضر بهم.

فإذا كان التصرف بقد الحالة نقد على الصنيق أو من هو في حكمه وليس له تقضه بعد البلزع رشيدا، أو بعد الإلانة من الجنون أو العته سواه كان التصرف بيمًا أو إجارة لأمواله. ولكن لو كان إجارة لنضم فله تفضها، ويفرق بين إجارة المال والنفس، لأن الأس وقت عقد الإجارة على الل كان يمكن التصرف في المال بخلاف النفس، فإنه لا يمكن إ ولان منعمة الصغير بعد بلوغه صارت أتم بخلاف منعمة الأموال، فإنم لم يوجد ما يوجب زيادتها، فإن كان الغين فاحتًا وهو ما لا يدخل تحت تقدير أهل المخبرة، أو ما كان قدر الحسن نقصاً في البيع وزيادة في الشراء كان التصرف باطلاً إلى البيت لليم، ولا تنفي في إجازة الصغير بعد البلوغ، ولا إجازة المجنون أو للمتوء بعد الإناقة؛ لأن الباطل لا تلحقه الإجازة، وفي الشراء ينقذ عليه إذا كان التمن بيًا.

فإن كان عيناً نهو راطل إيضًا لأنه بيع من وجه، لكه لو اشترى مال ولده لقف يلزم أن بيين القاضي وحيًّا لقيض الشعر، حتى لا يكون الأب مَطَالِك وشقالِك، ولنهي العهد، وكذا لو ياع ماله لولده لا يكون قابشاً له إلا إذا تكون من قيضه، فلو كان المبح في جهة أخرى غير التي فيها الأب وهلك كان هلاكه على الأب، وإنها اشترط ذلك لأن المبيع مضمون بالشعر عل البائح حتى بسلمه إلى المشتري، ولأن الأب له صفاتان، صفة البيع، وهذه تنفضي أن يكون المبيع مضمونًا عليه حرى يسلمه، وصفة الدائر وهي تستازم سلامة الشعر له إلى أن يشكل من تسلم البيع، و. مقامه كأنه هو، وشفقةُ الجد فوق شفقة القاضى؛ لأن شفقته تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي، ولا شك أن شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي، وكذا شفقة وصيه؛ لأنه مرضى الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته، وإذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة؛ لأن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة. وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله؛ لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة، وفي التصرفات تجرى جنايات لا يهتم لها إلا ذو الشفقة الوافرة، والأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأى لقصور عقل النساء عادة، فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهنَّ؛ لأن الوصى خلف الموصى قائم مقامه فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصى وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء. ولوصى الأم والأخ أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت، والباقي ميراث للصغير، ثم ينظر إن كان واحدٌ ممن ذكرنا حيًّا حاضرًا فليس له ولاية التصرف أصلًا في ميراث الصغير؛ لأن الموصى لو كان حيًا لا يملكه في حال حياته فكذا الوصى، وإن لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير، إلا أنه يبيع المنقول لما أن بيع المنقول من باب الحفظ؛ لأن حفظ الثمن أيسر. وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظًا بنفسه، وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير؛ لأنها محفوظة، وليس له أن يشتري شيئًا على سبيل التجارة، وله أن يشتري ما لا بد منه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الإرث بأن وهب له شيء أو أوصى له به فليس له ولاية التصرف فيه أصلًا عقارًا كان أو منقولًا؛ لأنه لم يكن للموصى عليه ولاية فكذا الوصى.

(مادة ۲۸۳): الأب الفاسد الرأي الذي لا يحسن النصرف في المال إذا تصرف في مال ولده المبتر أو الكبير المجنون أو المعنوه ببيع فلا يصح بيعه أصلاً، إلا إذا كان بضعف القيمة، سواء كان المبيع عقارًا أو منقولًا. فإن باعه بأقل من ضعف القيمة يكون للولد نقضه بعد البلوغ أو الإفاقة (١٠).

لو باع الأب أو الجد مال الصغير من الأجنبي بمثل قيمته جاز إذا لم يكن فاسد الرأي؛

⁽۱) قال الشيخ محمد زيد الإيبان: " تقدم حكم تصرف الأب إذا لم يشتهر بسوء الاختيار. فإن اشتهر به بأن عرف بأنه فاسد الرأي سيء التدبير وباغ مال ولده، فلا يصح إلا بالحيرية وهي تختلف باختلاف المسع؛ لأنه باما أن يكون عقارًا أو مقرلًا. فإن كان عقارًا فلا يصح السيع إلا إذا كان بضغف القيمة، فإن باعه بأقل من الشَّفف لم يجز هذا السيع. وحيتذ فللقاضي تقضه إذا علم به قبل بلوغ الصبي ألما له من الولاية العامة، وإذا لم يقضه القاضي فللولد نقف»

ولو فاسد، فإن باع عقاره لم يجز، وفي المنقول روايتان.

♦ (مادة ۲۸٤): الوصي إذا تصرف في عقار اليتيم باليع بغير مسوغ من المسوغات الشرعية فلا يصح تصرفه، وللصغير نقضه بعد إدراكه، وإن تصرف فيه بمسوغ شرعي لزم الصبي أحكامه وليس له نقضه.

وتصرف الوصي في مال اليتيم غير العقار بمثل القيمة أو بيسير الغبن جائز لازم؛ فليس للصبى نقضه بعد بلوغه، وإن تصرف فيه بغين فاحش لا يصبح تصرفه أصلًا ولا إجازته''.

» بعد بلوغه، وإن كان منقو لاً فلا يصح إلا إذا كان بزيادة الثلث بأن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر. وصرح في بعض الكتب بعدم الفرق بين العقار والمتفول، بل قيل: إن الخيرية فيها تكون بالضعف. والمشهور الأول.

وصرح في بعض الكتب بعدم الفرق بين العقار والمتقول، بل قيل: إن الحبرية فيهها تكون بالضعف. والمشهور الأول وبعضهم يفسر الخبرية بوجود النفع مطلقًا بدون تقييدها بالثلث ولا بالضعف وهو ظاهر.

ووجه الفرق بين الحالتين حالة كونه مستورًا أو مشهورًا بحسن الاختيار. وحالة اشتهاره بسوء الاختيار: أنه في الحالة الأولى يكون الظاهر صنه أن ينظر في العراقب، فلا يتصرف في مال ولدا إلا يام أصلح. وفي الحالة الثانية يكون الظاهر أنه تصرف عار عن التروي والنظر في العواقب، فاشترط في تصرفه تحقق الفائدة، وإذا كان الألب لا يبالي با يصنعه، بأن كان علقًا ومبدًا للأموال وجب على القافعي أن ينزع مال الصبي وثن في حكمه من تحت يده، وتسليمه لمن يختاره من الأمناء أصحاب الرأي والعفة .

(۱) قال الشيخ محد زيد الإيباني في شرح هذه المادة و تفدم حكم التصرف في مال الصعفير إذا كان المتصرف هو الأب. وأما إذا كان وصيًّا، فيجب عليه أن يتصرف في مال البنيم بالمعروف، جاعلاً نصب عينه قوله تعلل: ﴿ وَكَاثَمْتُوا اللَّالِيَيْدِ إِلَّا إِلَّيْ وَيَكَنَدُمُ ﴾ (الأساب 1917). ونحو ذلك من الآيات الكريمة علل قول تعلل: ﴿ وَلَيْتَقَى الْفَرِيَّ جَنْسَا تَعَلَّمُ اللَّهُ يَجِمَّةً لِلِمُ اللَّهُ وَلَمْ اللَّهِ عَلَى الأرصياء تسبهًا لهم على النظر إلى البناص بالمين النظر بها إلى أولا معم لو تركوهم ضعافًا عاجزين عن النظر في شؤون الياس فيه الفائدة لهم، وكرر الحق جل شأنه الحقّ على النظر في شؤون اليتامي با فيه النفع لهم وعدم النطل إلى أموالهم؛ الأن البنيم علقة الإهمال، وأموائة بعل طعم النفع ، الأطرة ولللوء .

. وأكثر الناس النصاقًا بالموال اليّيم هم الأوصياء، ولذلك هددهم بالوعيد الشديد، حيث أردف الآية السابقة بقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّذِينَ بَالْسَاقِينَ اللَّمَا إِلَمَا يَاكُنُونَ وَبَطَّرُومِ مَا يَرَّ وَسَيْمَةُ وَالسَ

ولذلك جعل الفقهاء لتصرف الوصي حدودًا معلومة وفرقوا بين ما إذا كان المال الذي يتصرف فيه الوصي عقارًا! أو متمولًا.

فإن كان هقارًا فلا يجوز له أن يتصرف فيه الإسسوغ من المسوقات الشرعية، فإن تصرف فيه بدون مسوغ غرعي تتصرف باطل؛ لأن المقار عفوظ بنت فلا حاجة إلى البيع، ولأنه في التالب له أهمية عظيمة فيتمي للصغير، وإن كان هناك مسوغ جاز بيمه، والمسوغ يتحصر في أمرين: الشفقة عل الصغير، أو اضطوار الرصبي ليمه، كتفيذ وصبت بدراهم مرسلة عائز والمسوغات مي الآية:

الأول: أن يكون على التركة ديون لا يمكنه قضاؤها إلا من ثمن المقار ولكن إذا كان يكفي لقضاء الذين بيع بعض المقار لا يجوز له بيع الكل على رأي بعضهم؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها، وقال الإمام: يجوز له بيع الكل كي لا يدخل = العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع؛ لأن بيعه ليس من الحفظ، وبقاء عينه فيه حفظ مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه.

ولا يبيع الوصي شيئًا مما لا يخاف عليه الفساد من مال القاصر أو الغائب في نفقة ولا غيرها؛ لأن ولاية البيع للنظر له، وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظر له، فلا يبيع شيئًا من ذلك، ويبع العقار ليس من الحفظ، فإن العقارات محصنة بنفسها.

وعليه: فليس للأب أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير إذن القاضي بالإجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي، وعندهما: لا يبيع المنقول كما لا يبيم العقار.

الطالت: أن يكون الصغير عناجًا إلى النفقة ولا يمكن الإنفاق عليه إلا من ثمن المقار، بأن لم يكن في التركة نقود ولا عروض حتى تباع وينفق عليه منها.

الرابع: أن يكون في البيح خيرية لليتيم، والخيرية أن يبيعه بضعف قيمت، كان يكون عقد البتيم ملاصقًا لموسر من الجهة الشيالية مثلًا، ويترتب على ضمه لميت متمعة عظيمة فبرغب في أخذه بشمن يساوي قيمت مرتين. وصرح بعض العلماء بأن الحيرية تتحقق بوجود المنفعة للصغير مطلقًا كما تقدم.

الخامس: أن تكونونو وقته وخراجه وألندة على خلاته، كأن كان أرضًا زواعية وكانت مصاريفها التي تلزم لزرعها وخراجها المترتب عليها أكثر من ثمن الزرع الذي يخرج منه.

السادس: أن يكون العقار بيئاً آيكر للسقوط، فإن المصلحة حيتند تكون في بيعه خوفًا عليه من أن يتفض. والظاهر أن هذا مثيد بها إذا لم يكن عند الرصي نقود للصغير تكته من ترسيم البيت أو يئانه واستغلاله. فإن أمكن ذلك، فلا يسرغ البيع لم سرحوا به من أن ولاية الوصي مبناها على التقيد بالمصلحة والنظر ويقاؤه أنظر للبيتها؛ لأن العقار من أنفس الأمال.

السابع: أن يخشى عليه من تسلط جائر ذي شوكة عليه، ونزعه من تحت يده، ولا يمكه بعده أخذه واسترداده بأي طريقة. والظاهر أن بجرد الحوف لا يكفي لجواز البيع، فإذا تصرف الوصي في العقار مع وجود أحد هذه المسوغات جاز التصرف، ونفذت أحكامه على الصغير، وليس له تقضه بعد البلوغ.

وإن كان مال اليتيم منقو لا جزاد كم يعه يدون مسوغ من المسوغات السابقة. قالوا: لأن الثمن أتفع لليتيم حيث يمفظ له يخلاف المقول، فإن الشأن فيه أن يتسارع إلى النساد، بل الملدار على أن ييمه بمثل القيمة. ويعتفر الغين السير فينفذ البيح. وليس للمسيء تقصه بعد بلوغه إلا إذا كان فاحشًا، فإن باعه يفاحش الغين فالبيع باطال، ولا يقبل الإجازة أصلا. هذا كما إذا باعد لأخيص مه.

> فإن باعه لنفسه أو لمن لا تقبل شهادته له، فإما أن يكون وصي الأب أو القاضي. فإن كان الأول جاز ذلك بشرط الخرية المتقدمة.

وإن كان وصي القاضي فلا يجوز؛ لأنه وكيل عنه وهو لا يصح له ذلك؛ لأن فعله حكم والقاضي لا يحكم لنفسه، فكذلك وكيله.

ولكن بعض المقولات قد يكون بقاؤه أتفع لليتيم، كالشجر الشعر، وكالبناه المتين، فالظاهر أن مثل هذا لا يجوز بيعه ولم أرنشًا في ذلك ».

⁼ الثاني: أن يكون المورث أوصى بدراهم مرسلة، وليس في التركة نقود و لا عروض تفي بها.

وكذلك بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء، إلا في العقار، لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه، فكذا وصيه فيه. وكان القياس أن لا يملك الوصي بيع غير العقار أيضًا؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير، إلا أنا استحسناه لما أنه حفظٌ لتسارع الفساد إليه، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ، أما المقار فمحصن بنفسه.

إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقاره وذلك بأن كانت على التركة دين مستغرق فله أن يبيع الجميع؛ لأنه لا يمكنه قضاء الديون الإلليم، وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين عندهما لابليم المكتب وفقاء الدين عندهما لعداجة إلى الأكثر من ذلك. وعند أبي حنيفة: جاز له أن يبيع كله؛ لأنه يبيعه بحكم الولاية فإذا ثبت في البعض ثبت في الكل؛ لأنها لا تتجزأ ولو كان يخاف هلاك العقار ويمكك بيعه؛ لأنه تمين حفظًا للمنقول، والأصح أنه لا يملك لأنه نادر، أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة، أو يكون في التركة وصية مرسلة يحتاج في تنفيذها إلى ثمن العقار، أو يكون بيع العقار خيرًا لليتيم بأن كان خراجها ومؤنها تربو على غلًاتها، أو كان العقار ءانو أن أو كان ينقض ويتداعي إلى الخراب. ما سوى العقار، وإن كانت ألحاجة للصغير إلى أداء خراجها، فإن كانت في التركة مع العقار عروض يبيع ما سوى العقار، وإن كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار حينئذ يبيع العقار بمثل القيمة أو نمن بسير.

الغَضِلُالثَّانِيْ

في رضا العاقدين وما يعدم الرضا

 (مادة ٢٨٥): يشترط لصحة العقد الوارد على الأعيان المالية أو على منافعها تراضي العاقدين بلا إكراه ولا إجبار (١٠).

من شروط صحة العقود الرضا؛ لقول الله تصالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُوكَ عَنَكُمْ عَنَ كَانِيَ مِن مِن شروط صحة العقود الرضا؛ قوله عزَّ اسمه: ﴿ يَكَانُهُا ٱلَّذِيكَ مَامُوا لَا تَأَكُوا ٱلْاَلَاتُمَ يَنَكُمْ ﴾ [انساء: ٢٩] وقال: ﴿ لا يععل مال امرئ - يعني مسلمًا - إلا بطب من نفسه ٥٠٠٠، فلا يصح بيع المكره إذا باع مكرهًا وسلم مكرمًا؛ لعدم الرضا، فأما إذا باع مكرهًا وسلم طائمًا فالبيع صحيح على ما نذكره في كتاب الإكراه؛ ولا يصح بيع الهازل؛ لأنه متكلم بكلم البيع لا على إرادة حقيقته فلم يوجد الرضا بالبيع، فلا يصح، بخلاف طلاق الهازل أنه واقع؛ لأن الفائت بالإكراه ليس إلا الرضا، والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق، بخلاف البيع. على أن الهازل في باب الطلاق ملحق بالجد شرعًا قال ﷺ: ﴿ ثلاث جدمن جد وهزلهن جد: الطلاق، والنكاح، والرجعة ٥٠٠٠ الحق الهازل بالجاد فيه، ومثل هذا لم يرد في البيع.

وعلى هذا يخرج بيع المنابذة، والملامسة، والحصاة الذي كان يفعله أهل الجاهلية: كان الرجلان يتساومان السلعة فإذا أراد أحدهما إلزام البيع نبذ السلعة إلى المشتري؛ فيلزم البيعً

(۱) قال الشيخ محدزيد الإبياني: الرضاضد السخطا وهو: عبارة عن ابساط النفس وسر ورها عند حصول ما ترغيه. وهو شرط من شروط صحة عقود المناوضة، فيشترط لصحة أي عقد من المقود التي ترد على الأعيان المالية والتي ترد على منافعها رضاكل واحد من المغالمين وصدوره مع سياحة نفس وطيب خاطر، بحيث لا يعمحه الإكراء أي الإجبار. فإن صاحبه كان المقد فاسدًا؛ لأنه يؤدي إلى نزع مال الشخص من يده رغيًا عنه، وذلك ظلم والله لا يهذي القوم الظلمان.

ولذا قال تعالى: ﴿ يَكَانِيُكُ الْفُرِي مَا مُثَوَّا لاَ تَأْسَكُمُ الْمُعَلِّمِ إِلَّا أَنْتَكُونِ فَالَ الدَّ وقال عليه الصلاة والسلام: ﴿ لا يُحل مال مرى مسلم إلا من طب خاطر ؟، وقال أيضًا: ﴿ إِمَا البِيعِ عن تراضي ؟. [سن ابن ماجه (كتاب النجارات) باب يتم الخيار/ ٢١٨٥)].

ولا فرق في ذلك بين كون الإكراه مُلْجنًا أو غير مُلْجئ، بل كل واحد منها يؤثر على العقد الفاسد.

وقال زفر: عقد الكره موقوف لا فاسَّد، ولذلك تلَحقه الإجازة، والذي رجحه العلماء: أنه فاسد، وإنها جاز بالإجازة لزوال عدم الرضا ٤.

(٢) سنن البيهقي الكبرى: ٨/ ١٨٢ برقم (١٦٥٣٣).

(٣) سنن أبي داود: ٢/ ٢٥٩ برقم (٢١٩٤).

رضي المشتري أم سخط، أو لمسها المشتري، أو وضع عليها حصاة، فجاء الإسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله. وعلى هذا يخرج بيع التلجئة، وهي ما لجأ الإنسان إليه بغير اختياره اختيار الإيثار. وجملة الكلام فيه: أن التلجئة في الأصل لا تخلو إما أن تكون في نفس البيع، وإما أن تكون في انشاء البيع، وإما أن تكون في انشاء البيع ، وإما أن تكون في انشاء البيع ، وإما أن تكون في الشاء البيع ، وإما أن تكون في الإقرار به، فإن كانت في إنشاء البيع بأن تواضعوا في السر لأمر ألجأهم إليه على أن يظهر البيع، ولا بيع بينهما حقيقة وإنما هو رياء وسعمة، نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الراحل: إني أظهر أن يعت منك داري وليس بييع في الحقيقة وإنما هو تلجئة فتبايعا؛ فالبيع باطم قطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيقة، وهو قول أبي يوسف، ومحمد؛ لأنهما تكلما بصيفة البيع لا على قصد الحقيقة، وهو تضير الهزل، والهزل يمنع جواز البيع؛ لأنه يعدم الرضا

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن البيع جائز؛ لأن ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد، وإنما عقدا عقدًا صحيحًا بشرائطه فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط، كما إذا اتفقا على أن يشترطا شرطًا فاسدًا عندالبيع، ثم باعا من غير شرط، والجواب: أن الحكم ببطلان هذا البيع لمكان الضرورة، فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة، ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز، وإن أجازاه جاز، كذا ذكر محمد؛ لأن الشرط السابق وهو: المواضعة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين، فلا يصح إلا بتراضيهما، ولا يملكه المشتري بالقبض حتى لو كان المشترى عبدا فقبضه وأعتقه لا ينفذ إعتاقه، بخلاف المكره على البيع والتسليم إذا باع وسلم فأعتقه المشتري أنه ينفذ إعتاقه؛ لأن بيع المكره انعقد سببًا للحكم؛ لوجو د الرضا بمباشرة السبب عقلًا؛ لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك فانعقد السبب إلا أنه فسد؛ لانعدام الرضا طبعًا فتأخر الملك فيه إلى وقت القبض، أما ههنا فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب في الجانبين أصلًا، فلم ينعقد السبب في حق الحكم، فتوقف على أحدهما فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين. هذا إذا كانت التلجئة في إنشاء البيع، فأما إذا كانت في الإقرار به فإن اتفقا على أن يقرا ببيع لم يكن فأقرا بذلك ئم اتفقا على أنه لم يكن فالبيع باطل، حتى لا يجوز بإجازتهما؛ لأن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار بثبوت المخبر به حال وجود الإخبار، فإن كان ثابتًا كان الإخبار صدقًا وإلا فيكون كذبًا، والمخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الإجازة؛ لأنها تلحق الموجود لا المعدوم، هذا كله إذا كانت التلجئة في نفس البيع إنشاءً كان، أو إقرارًا.

فأما إذا كانت في الثمن فهذا أيضًا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كانت في قدر الثمن،

وإما إن كانت في جنسه، فإن كانت في قدره بأن تواضعا في السر والباطن على أن يكون الشر والباطن على أن يكون الشمعة الثمن ويتباعان في الظاهر بألفين، فإن لم يقو لا عند المواضعة: ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه؛ لأن الثمن اسم للمذكور عند العقد، والمذكور عند العقد ألفان. فإن لم يذكرا أن أحدهما رياء وسمعة صحت تسمية الألفين، وإن قالا عند المواضعة: ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ثمن السر، والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وروي عن أبي يوسف: أن الثمن ثمن العلانية، وجه هذه الرواية: أن الثمن هو المذكور في العقد، والألفان مذكوران في العقد وما ذكرا في المواضعة لم يذكراه في العقد فلامت.

● (مادة ۲۸٦): الإكراه نوعان: ملجئ وغير ملجئ، فالإكراه الملجئ: يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويكون بالتهديد بإتلاف نفس أو عضو، أو بعض عضو أو بضرب مبرح يخاف منه تلف نفس أو عضو أو بإتلاف كل المال.

والإكراه الغير الملجئ: بعدم الرضا أيضًا، لكنه لا يفسد الاختيار. ويكون بالتهديد بالحبس والقيد المديدين وبالضر ب الغير المتلف على حسب أحوال الناس (١٠).

الإكراه: هو فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به الرضا. وقيل: الإكراه فعل يوجد من المكراه فعل يوجد من المكره، فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعًا إلى الفعل الذي طلب منه، وهذا في الشرع. وهو في اللغة: حمل المكره على أمر يكرهه، يقال: أكرهته على كذا، أي حملته عليه وهو كاره. وشرطه أن يكون المُكُرّة قادرًا على إيقاع ما هدده به وأن يقلب على ظن المُكرّة أن يوقع به ذلك إن لم يفعل، وحكمه إذا حصل به إتلاف أن ينقل الفعل إلى المكره فيما يصلح أن يكون المُكرّة أنَّة للمُكرّة، والإكراه نوعان: ملجئ

⁽۱) قال الشيخ محمد زيد الإيباني: ٥ الإكراء في اللغة: هو حل الإنسان غيره على فعل شيء لا يرضاه، وشرعًا: هو فعل لا يحق يوجد من الشخص، فيحدث عند من وقع عليه الفعل معنى يصير به مدفوعًا إلى الفعل الذي طلب مت. وهو يقسم إلى قسمين:

القسم الأولد: الملجئ: وهو ما يعدم الرضا بعث تكون النفس كارمة إنعال الشيء الكرء عليه ويفسد الاعتيار بمعنى أنه صادر عنه بدون اعتيار صحيح، بل يكون الفعل الصادر منه كمركة المرتعش وسقوط الملقى من أعل جبل مثلا. ويتحقق هذا النوع بالتهديد بالفعل أو ياتلاف عضو أو بعضه أو يضرب مؤلم ألما شديدًا أو ياتلاف جمع المال. الثاني: غير الملجئ: وهو ما يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاعتيار، بمعنى أن يكون صادرًا منه مع كراهته له وعدم رغيه. إن ولكن حاصل باعتيار و توجه إدادته له:

وغير ملجئ، فالملجئ: هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فإنه يعدم الرضا ويوجب الإلجاء ويفسد الاعتيار. وغير الملجئ: قاصر وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه و لا على تلف عضو من أعضائه كالإكراء بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فإنه يُعدِمُ الرضا، ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار.

وهذا النرع من الإكراء لا يؤثر إلا في تصرف يحتاج فيه إلى الرضا؛ كالبيع والإجارة والإقرار، ألا ترى أن الهزل يؤثر فيه لعدم الرضاحتى لا ينفذ معه، فكذا مع هذا الإكراء؛ لأنه ينعدم به الرضا، والأول يؤثر في الكل فيضاف فعله إلى المكره فيصير كأنه فعله، والمكره آلة له فيما يصلح أن يكون آلة له كإتلاف النفس والمال، وإن لم يصلح أن يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره، فيكون كأنه فعله باختياره من غير إكراء أحدا، وذلك مثل الإقرار والأكل؛ لأن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافًا إلى غير المتكلم، والأكل إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الإتلاف لصلاحيته آلة له فيه، حتى إذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره، حتى يكون الولاء له، ويضاف إلى المكره من حيث الإتلاف فيرجع عليه بقيمته، وكذا لو أكره ه على الطلاق يقع ويرجع عليه إن كان فيه إتلاف بأن كبل الدخول، ولو أكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق.

ثم اعلم أن الإكراه لا ينافي أهلية المكرّه ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال؛ لأن المكره مبتلى والابتلاء يتحقق بالخطاب، والدليل عليه: أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر وإباحة ورخصة وياثم تارة ويؤجر أخرى، كسائر أفعال المكلفين في حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك ويثاب عليه إن امتنع، ويباح له بالإكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له به إجراء كلمة الكفر في تلك الحالة وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم والجناية على الإحرام وهذا دليل على أنه مخاطب.

وقال الأتقاني: ثم الإكراه وهو حمل الإنسان على ما يكرهه بحيث يزول معه الرضا على - نوعين كما عرف في أصول الفقه -: كامل ويسمى ملجنًا وهو الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وقاصر، ويسمى غير ملجئ وهو يعدم الرضا، ولكن لا يفسد الاختيار، والملجئ كالتخويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب المبرح المتوالي الذي يخاف منه التلف، وغير الملجئ كالتخويف بالحبس والقيد والضرب البسير. ثم إن الإكراه - أي على أي طويق وجد - لا ينافي أهلية المكره؛ لأنها بالذمة والعقل والبلوغ. (مادة ۲۸۷): الإكراء بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم أو بضربهم بعدم الرضا أمضًا (٠٠).

فلو أكره على بيع أو شراء أو إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خُيرً بين أن يُشفي البيع أو يُفسخ؛ لأن الإكراء الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا، والرضا شرط لصحة هذه العقود. قال الله تعالى: ﴿إِلاَّ انْتَكُوكَ عُكرَةٌ عَن زَافِي يَنكُمُ ﴾ فتصد عند فوات الرضا، بخلاف ما إذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط؛ لأنه لا يبالي بعثله عادة، فلا يعدم الرضا، وهو شرط لثبوت حكم الإكراء، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فيكون مكرمًا بعثله؛ لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد، فيفوت به الرضا. وكذا الإقرارُ جُعِلَ حجةً حالة الاختيار لترجع جانب الصدق على جانب الكذب، وقدر عن نفسه، وقدر ما على ما يكون من الحبس إكراها ما يجى، به الاغتمام البين.

ومن الضرب ما يجد منه الألم الشديد. وليس في ذلك حدٌّ لا يُزاد عليه ولا ينقص منه؛ لأن نصب المقادير بالرأي ممتنع، بل يكون ذلك مفرضًا إلى رأي الإمام؛ لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس؛ فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد، ومنهم من يتضرر بأدني شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو يِعَرُك أُذِّيه لا سيما في ملاً من الناس أو بحضرة السلطان، فيثبت في حقه الإكراء بمثله؛ لأن فيه هوانًا وذلًّا أعظم من الألم. والإكراء بحبس الوالدين أو الأولاد لا يعد إكراها؛ لأنه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا، بخلاف حبس نفسه.

ويثبت به الملك عند القبض للفساد، أي يثبت بالبيع أو بالشراء مكرهًا الملك للمشتري لكونه فاسدًا كسائر البياعات الفاسدة. وقال زفر: لا يثبت به الملك؛ لأنه بيع موقوف وليس بفاسد، ألا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الإكراه جاز، ولو كان فاسدًا لما جاز؛ لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة، ولا يرتفع الفساد به، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك بالقبض،

 ⁽١) قال الشيخ عمد زيد الإبيان: و تقدم حكم الإكراه بالحبس أو الضرب الذي يقع على نفس الشخص.
 وأما إذا كان الإكراه بحبس أو ضرب قريب الشخص، كأيه وأو لاده، فقد اختلف فيه الفقهاه:

نقال بعضهم: إنه ليس بإكراه لأنه لا يلجئ ولا يعدم الرضا. وحقق آخرون: أنه إكراه؛ لأنه يتألم من ذلك وكذا الحكم في كل قريب.

وقد علمت أن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ودرجة ارتباطهم بأقاريم، فرُبُّ إنسان يعد حيس أيه أو ولده. وضربها أشد عليه من حبس نفسه قنوة الرابطة بينهها، وربُّ شخص لا ينالي بذلك، بل قد يسر يا يجسل من الإبذاء بأصوله وفروعه أو أقاربه، بسبب منازعات منازعات المنافقة بينهم، ولذلك يجب على الفاضي أن يكون عالمًا بأحوال الحصوم ليجها وطبه الوصول إلى الهم اطالسوى ه.

كما لو باع بشرط الخيار وسلمه إلى المشتري فإنه لا يملك بالقبض. ولنا: أن ركن البيع وهو الراضي، وفوات الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافًا إلى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضي، وفوات الشرط تأثيره في فساد العقد كالمساواة في الأموال الربوية فإنها شرط فيها لجواز البيع، وفواتها يوجب الفساد لا التوقف، بخلاف البيع بشرط الخيار فإن شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط، والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط، أو نقول: لما وجد أصل البيع في محله لم ينعدم ذلك بالإكراه، فكان ينبغي أن ينفذ كالطلاق، إلا أن الشرع شرط للحل شرطًا زائدًا وهو التراضي، ونهانا عن النجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهى عنه فلا يصير به البع غير مشروع.

(مادة ۲۸۸): يختلف الإكراء باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم
 وجاههم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفًا(١٠).

يختلف ما يتحقق به الإكراه مما يوجب الاغتمام البين والحزن الشديد والألم باختلاف الحوال الناس؛ فعنهم من يتضرر بأدنى شيء، ويجد الهوان في الإيذاء الهين، وليس في ذلك حدٍّ معين لا يزيد عليه ولا ينقص منه؛ ولذا فإن البعض قد يتأذى بحبس يوم أو بحبس أحد الوالدين أو الأولاد ساعة، ومنهم من لا يؤذيه ذلك، ويستطيع احتماله. ولا يمنع ذلك أن هناك بعض المعايير الموضوع لاعتبار ما يحصل به الإكراه؛ فالتجهم والتهديد بما لا يمكن فعله، وكذا ضرب غير الوالدين إذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط أو نحوه فلا يعد إكراه، وكذا ضرر المكرّه بكثير، فالظاهر أنه يرضى إكراها، وكذا الحبس والقيد؛ لأن ضرره دون ضرر المكرّه بكثير، فالظاهر أنه يرضى بهذا القدر من الضرر لإحياء أحيه، ولو أذن له المُكرّه عليه في قطعه أو ضربه، فقال للمكرّه: افعل، لا يباح بالإباحة، ولو فعل فهو آئم. ألا ترى أنه لو فعل بغيه أنه يرخص للرجل بالإكراه، بنفسه أثم فبغيره أولى، وكذا الزنا من هذا القبيل أنه لا يباح ولا يرخص للرجل بالإكراه،

⁽۱) قال الشيخ عمد زيد الإيبان، و توجه الإرادة لا يناني عدم الرضاه لأن الرضا عبارة عن انسباط النفس وسرورها عند حصول ما ترغب بخلاف الاختيار، فإنه عبارة عن إرادة الشخص وترجهه للفعل، وقد يوجه الإنسان إرادته لفعل الشيء مع كونه كارهًا له، مثل تناول المريض للدواء المو. فإن تناول غير مصحوب بالبساط الفعي، ولكنه حاصل بإرادته، وذلك يكون بالتهديد بالحيس للديد، ووضع قيد من حديد نشكل في رجله مدة طويلة، ويكون أيضاً بالشرب الغير المتاف، ولا يخفى على الفطن أن هذا كله يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم القوي، ومنهم الضعيف، ومنهم الوضع الذي لا يتأثر بها يتأثر به غيره، ومنهم الشريف الذي يؤله كثيرًا الكلام الحشيم، ولذلك وكُل الشارع الحكيم الحكم في ذلك الي لفطة القاضي وعدالت، فإنه هو الذي يمكه معرفة تأثير الناس وتألهم من الحبس والضرب من حجة الغابة والكثرة والشدة ؟

وإن كان تامًّا ولو فعل يأثم؛ الأن حرمة الزنا ثابتة في العقول قال اللَّه ﷺ: ﴿ وَكَانَقَرُوا الزَّحَةُ أَنَّهُ كَانَ فَنَحِسَةُ مَرَّكَةَ مَسِيلًا ﴾ [الإسراء: ٣٢] فادل أنه كان فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال، كقتل المسلم بغير حق، ولو أذنت المرأة به لا يباح أيضًا حرة كانت أو أمة أذن لها مو لاها؛ لأن الفرج لا يباح بالإباحة. وأما المرأة فيرخص لها؛ لأن الذي يتصور منها ليس إلا التمكين، وهي مع ذلك مدفوعة إليه، وهذا عندي فيه نظر؛ لأن فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة. ألا ترى أن الله ﷺ سماها زائبة إلا أن زنا الرجل بالإيلاج، وزناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت، فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة، فينبغي أن لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل.

(مادة ۲۸۹): بشترط لاعتبار الإكراه المُعْدِم للرضا أن يكون المُكْرِه قادرًا على إيقاع
 ما هدد به، وأن يخاف المُكْرَه وقوعُ ما صدر تهديده به في الحال بأن يغلب على ظنه وقوع
 المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه، فإن كان المجبر غير قادر على إيقاع ما هدد به
 فلا يكون الإكراه معبرًا (١٠٠٠).

وأما شرائط الإكراه فنوعان: نوع يرجع إلى المكره ونوع يرجع إلى المكره.

أما الذي يرجع إلى المكره: فهو أن يكون قادرًا على تحقيق ما أوعد؛ لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة، وعلى هذا قال أبو حنيفة هج: إن الإكراء لا يتحقق إلا من السلطان، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: إنه يتحقق من السلطان وغيره.

وجه قولهما: إن الإكراء ليس إلا إيعاد بإلحاق المكروه، وهذا يتحقق من كل مسلط، وأبو حنيفة يقول: غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد؛ لأن المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه، فإذا كان المكر، هم السلطان فلا يجد غوثًا.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « الإكراء لا بد لتحققه وترتب حكمه عليه من شروط أربعة:
 الأول: أن يكون المكره (بالكسر) قادرًا على إيقاع ما توعد به.

الثاني: أن يكون المكرُّه (بالفتح) خائفًا وقوع الفعل الذي هدد به في الحال أو في المآل.

الثالث: كون المكره متلفًا نفسه أو عضوًا أو موجًا عما يعدم الرضاء كإنلاف كل المال أو حبس أولاده مثلًا. الربع: أن يكون المكره ممتنمًا عن فعل ما أكره عليه لحقه، كبيع ماله أو إثلافه أو لحق أنحر، كإنلاف مال الغير أو لحق الشرع، كشر س الحمد مثلًا.

فإن نقد شرط من هذه الشروط بأن كان الكره غير قادر أو كان المكرّه لا يبالي بتهديده أو كان الإكراه لا يؤثر على المكره لكرنه شيئًا بخفيفًا بالنسبة إليه أو كان المكره غير عتدم عن الفعل فلا يعد ذلك إكراهًا ولا ينرّب عليه أحكامه ؟. وقيل: إنه لا خلاف بينهم في المعنى، إنما هو خلاف زمان؛ ففي زمن أبي حنيفة لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراء ثم تغير الحال في زمانهما فغيرا الفتوى على حسب الحال، فأما البلوغ: فليس بشرط لتحقق الإكراء حتى يتحقق من الصبي العاقل إذا كان مطاعًا مسلطًا، وكذلك المقل والتمييز المطلق ليس بشرط، فيتحقق الإكراء من البالغ المختلط العقل بعد أن كان مطاعًا مسلطًا.

وأما النوع الذي يرجع إلى المكرّه: فهو أن يقع في غالب رأيه وأكثر ظنه أنه لو لم يُجِب إلى ما دعي إليه تحقق ما أوعد به؛ لأن غالب الرأي حجة، خصوصًا عند تعذر الوصول إلى التمين، حتى إنه لو كان في أكثر رأي المكرّه أن المكرّه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعًا، وإن وجد صورة الإيعاد؛ لأن الضرورة لم تتحقق. ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في أكثر رأي المكره أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعد يثبت حكم الإكراه، لتحقق الشرورة. ولهذا إنه لو كان في أكثر رأيه أنه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر إلى أن يلحقه الجوع المهلك لأزيل عنه الإكراه لا يباح له أن يعجل بتناولها، وإن كان في أكثر رأيه أنه وإن صبر إلى أن العبرة الغالب المثالة لما أزيل عنه الإكراه يباح أن يتناولها للحال، دلَّ أن العبرة لغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الإيعاد.

(مادة ۲۹۰): إذا عقد المكره العقد في غياب المجبر ولم يرسل المُجبرَ أحدًا ليرده إليه
 إن لم يفعل فلا يعتبر الإكراه ويكون قد عقده طوعًا بعد.

إذا أكره إنسان على بيم بيته مثلاً بأن قال له: إن لم تبع بينك قتلتك وذهب المجبر إلى بيته، فباع المحجر إلى بيته، فباع المحجر ألى بيته فباع المحجر ألى بيته فباع المحجر ألى المحجر ما توعده به كان ذلك الإكراه معتبرًا، وإن لم يرسل إليه أحدًا ليأخذه وسلمه إلى المُكْرِه إن لم يبع البيت، وحينتذ يكون السبع فاسدًا كباقي عقود كل مكره؛ لأن المدار على غلبة ظنه إيقاع تعال عامده به إن لم يفعل المكره عليه، وهذا هو الظاهر؛ وإن صرح بعضهم بأنه إنما يعتبرًا على الاكراه ما دام المكره حاصرًا، فلو غاب عنه ولم يرسل إليه أحدًا ليأخذه وباع مثلًا يكون البيع صحيحًا، ولا يكون الإكراء معتبرًا مع أنه قد يكون المُكرة وجازًا عبدًا، فيأخذه المُكرّة بغنة وهو لا يشعر ولا ينفع المظلوم إذ ذلك شفيع ولا نصير، فيظهر أن الأول أوفق. وبهذا فإن المادة مبنية على اشتراط حضور المكره لاعتبار الإكراه، وهو غير الأولى.

♦ (مادة ٢٩١): الرضا شرط لصحة العقود التي تحتمل الفسخ فنفسد بفواته وذلك كالبيع والشيع و والشير المشفعة و نحوها.

فمن أكره إكراهًا معتبرًا بأحد نوعي الإكراه على عقد منها فلا يصح عقده(١).

يوجب الإكراه فساد التصرفات التي تحتمل الفسخ كالبيع والشراء والهية والإجارة ونحوها. وهو مذهب أثمة المذهب الحنفي خلافًا لزفر الذي ذهب إلى أنه يوجب توقفها على الإجازة كبيم الفضولي، وعند الشافعي بطلانها أصلًا .

ووجه قول الشافعي وزفر: أن الرضا شرط البيع شرعًا قال اللَّه تعالى ﴿ إِلَّا أَن تَكُورَكَ يَحِكُوهُ عَنْ زَافِي مِنكُمْ ﴾ [الساء: ٢٩]، والإكراه يسلب الرضا، يدل عليه: أنه لو أجاز العالك

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ٥ علمت مما تقدم حكم ما إذا كان فعل المكرّه عليه في غيبة المكره.

وأما إذا كان المكرو (بالكسر) حاضرًا، فإما أن يكون الكره عليه من الأشياء التي تحتمل الفسنج، ويبطلها الهزل، وإما أن يكون مما لا يفسنج بالفسنة ولا يبطله الهزل. فإن كان الأول بأن أكر مشخصٌ آخر على فعل ثيء من الأشياء التي تنضنخ بالفسنة ويؤثر فيها الهزل، فحكمه الفساء لأن الرضا شرط لصحت فلعدم الرضا فسد التصرف في ذلك الشيء.

وينبني على ذلك ما يأتي: .

أن عقود المعاوضات كلها تفسد بالإكراء وفوات الرضاء وذلك مثل البيع والشراء والإيجار والاستنجار والصلح، فعن أكره على عقد منها نعقده فالسد. وقال زفر: إن بيم الكرء موقوف لا قاسده ولذلك تلحقه الإجازة، كيا هو الشأن في كل عقد موقوف، وللمكره أن يسترد العين التي أكره على بيمها بعد زوال الإكراء وإن تداولتها الأيدي، والصحيح أنه فاسد لا كدة ف

وصحة إجازته لا تنافي الفساد؛ لأن الفساد كان حاصلًا بسبب عدم الرضاء وقد زال بحصول الإجازة طوعًا فيزول. المسبب وهو الفساد، ولأن المقد صدر من أهله؛ لأنه عاقل مكلف مضافًا إلى عله، وعدم الرضا وصف له، والفساد لفقد شرطه وهو عدم الرضاء فصار كسائر الشروط الفسدة.

وحيتذ يفيد الملك بالقبض، فلو كان المبع بالإكراء هذارًا وقبضه الشتري، ثم تصرف فيه بالوقف صعد ذلك، ولا يمكن للبايع نفضه واسترداد، وكذا الفساد فيه أن الفاق الفساد إليضاء أما عدم جواز الاسترداد في البيع الفاسد بنين الإكراء بعد التصرف فيه بنمو بيم، وكذا الفساد في خل الشرع، وروجرد التصرف أرجب في حقًّا للمبد، وحقّ المبد مقدم بعثلان البيع الفاسد بالإكراء وأن جاز في استرداد الكر وله بعد زوال الإكراء، وإن تداولت الأبدي الأن المبتي تمثل به خقّان. حق الكراء وحق المشتري الثاني، فلا يطلق عن الأول لحق الثاني، نعيم بما لكرة بخالف البيع الفاسد في أمور أربعة:

١ - أن ييم الكره يجوز وينقلب صحيحًا بالإجازة القولية كيا لو قال الكره بعد زوال الأكراه: أجزت البيع مثلًا. ويجوز أيضًا بالإجازة الفعلية، كقيض الشمن، لما تقدم من أن سبب الفساد زال، بخلاف غيره من البيوع الفاسدة، كالبيع المفترن بشرط فاسد، فإن الإجازة لا تصيره صحيحًا؛ لأن الفساد فيه لحق الشرع.

٢ - أن المكره يملك استرداد المبيع إذا تصرف فيه المشتري تصرفًا يحتمل الفسخ، بأن باعه لما تقدم.

٣ - أن المُشرَى إذا تصرف في الميع تصرفًا لا يحتمل النقض بأن وقفه، فللمكره تضمين القيمة وقت الوقف أو القبض بخلاف البيع الفاسد فإنه يضمته القيمة يوم القبض لا غير.

٤ - إذا كان المكره بائمًا كان الثمن أمانة عند، لأخذه بإذن المشتري، وكذا المبيع أمانة في يد المكره، إذا كان هو المشتري؛ لأنه أخذ المبيع بإذن الباعم، والبيع الفاسد ليس كذلك ؟.

يجوز، والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات الفاسدة فأشبه بيع الفضولي، وهذه شبهة زفر - رحمه الله -.

ولنا ظواهر نصوص البيع عامًا مطلقًا من غير تخصيص وتقييد، ولأن ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقًا من أهل البيع في محل، وهو مال مملوك للبائع فيفيد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة، ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك، وهنا الفاسد لعدم الرضا طبعًا فكان الرضا طبعًا شرط الصحة لا شرط المحكم، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البياعات الفاسدة. إلا أن سائر البياعات لا تلحقها الإجازة؛ لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد، وهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه.

وإذا أجاز المكرّه واحدًا من العقود التالية للإكراه جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد، وما قبله أيضًا، بخلاف الغاصب إذا باع المغصوب ثم باعه المشتري هكذا حتى تداولته الأيدي وتوقفت العقود كلها، فأجاز المالك واحدًا منها، إنما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره، ولو لم يجز المالك شيئًا من العقود، ولكنه ضمن واحدًا منهم يجوز ما بعد عقده دون ما قبله، والفرق: أن في باب الغصب لم ينفذ شيء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الإجازة فكانت الإجازة شرط النفاذ فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره، أما ههنا فالعقود ما توقف نفاذها على الإجازة إذ الفساد لا يمنع النفاذ فكانت الإجازة إزالة الإكراه من الأصل، ومتى جاز الإكراه من الأصل جاز العقد الأول فتجوز العقود كلها فهو الفرق، وبخلاف ما إذا ضمًن المغصوب عنه أحدهم؛ لأنه ملك المغصوب عند اختيار أخذ الضمان منه من وقت جنايته وهو القبض إما بطريق الظهور وإما بطريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود، وههنا بخلافه على ما مر.

وإذا قال البائع المكرة: أجزت جاز اليع؛ لأن العانع من الجواز هو الإكراه، والإجازة إزالة الإكراه، وكذا إذا قبض الثمن؛ لأن قبض الثمن دليل الإجازة كالفضولي إذا باع مال غيره فقبض العالك الثمن، ولو لم يعتقه المشتري الأول ولكن اعتقه المشتري قبل الإجازة نفذ إعتاقه؛ لأن الملك ثابت له بالشراء وسواء كان قبض العبد أو لا؛ لأن شراءه صحيح فيفيد الملك بنفسه بخلاف إعتاق المشتري الأول قبل القبض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض، ولو أعتقه المشتري الأخير ثم أجاز البائع العقد الأول لم تجز إجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة، وهو بالخيار إن شاء رجع بها على المكرّه، والمكره يرجع على المشتري الأول. وإن شاء رجع على أحد المشترين أيهما كان، أما الرجوع على المكرّو؛ فلما ذكرنا في إعتاق المشتري الأول أنه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ من ضمان الإتلاف، وللمكره أن يرجع بذلك على المشتري الأول؛ لأنه ملك المضمون بأداء الضمان فنزل منزلة البائع، وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان، فكذا له، ويصح كل عقد وجد بعد ذلك، وإن شاء المكره رجع على أحد المشترين أيهما شاء؛ لأن كو احد منهما في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب، فإن اختار تضمين المشتري الأول برئ المكرّو، وصحت البياعات كلها؛ لأنه ملك المشتري الأول باختيار تضمينه فتين أنه باع بملك نفسه فصح، فيصح كل بيع وجد بعد ذلك، وإن اختار تضمين المشتري الأخر صح كل بيع وجد بعد ذلك، وإن اختار تضمين المشتري الأخر صح كل بيع وجد بعد ذلك، وإن اختار تضمين المشتري الأخر صح كل بيع وجد بعد ذلك، وإن اختار تضمين فقد خصه بملك المضمون

♦ (عادة ۲۹۲): لا يصح أيضًا مع الإكراه إبراء الدائن مديونه، ولا إبراء الكفيل بنفس أو مال؛ فمن أكره إكراهًا مهتبرًا ملجئًا أو غير ملجئ على إبراء مديونه أو كفيل مديونه فإبراؤه غير صحيح، وله مطالبة كل منهما بدينه (١٠).

أما الإكراه على الهبة فيوجب فسادها كالإكراه على البيع، حتى إنه لو وهب مكرهًا وسلَّم مكرمًا ثبت الملك كما في البيع، إلا أنهما يفترقان من وجه، وهو أن في باب البيع إذا باع مكرهًا وسلم طائمًا يجوز البيع وفي باب الهبة مكرهًا لا يجوز سواء سلم مكرهًا أو طائعًا.

وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل أنه لا يصح مع الإكراء؛ لأن الشفعة في معنى البيع، ألا ترى أنه لا يتعلق صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت، فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الإكراء فكذلك تسليم الشفعة. ومن هذا القبيل الإكراء على الإبراء عن الحقوق؛ لأن الإبراء فيه معنى التمليك، ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط و لا يصح في المجهول كالبيع، ثم البيع يعمل عليه الإكراء، فكذلك الإبراء عن الكفالة بالنفس إبراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذي هو وسيلة المال، فكان ملحقاً بالبيع الذي هو تمليك المال فيعمل عليه الإكراء كما يعمل على البيع.

هذا إذا كان الإكراه على الإنشاء، فأما إذا كان على الإقرار فيمنع صحة الإقرار سواء كان

⁽۱) قال الشيخ عمد زيد الإيبان في شرح هذه المادة: • لو أكرء عل تأجيل الدين الذي له على فلان أو على ترك الشفعة أو عل التنازل عنها بعد الطلب، أو أكرء عل إبراء مدين، أو إبراء الكفيل بنفس أو مال، أو أكرء على الكفالة أو الحوالة أو الحبّة، فلا يصح ذلك كمله لأن هذه الأشياء لا تصح مم المزل فيوثر فيها الإكراء ».

المقربه محتملًا للفسخ أو لم يكن؛ لأن الإقرار إخبار، وصحةً الإخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقًا على الإخبار، والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم، وإنما يترجح جنبة الوجود على جنبة المدم بالصدق، وحال الإكراه لا يدل على الصدق؛ لأن الإنسان لا يتحرج عن الكذب حالة الإكراه فلا يثبت الرجحان.

ولأن الإفرار من باب الشهادة قال اللّه تبارك وتعالى: ﴿ يَتَأَيُّهُا الَّذِينَ مَاسُوا كُونُوا فَزُمِينَ بَالْفِسَطِ شُهِدَاتَ يَقُولُوا عَلِيّهَ النّبِكُرُمُ ﴾ [الساء: ١٣٠].

(مادة ۲۹۳): الكفالة والحوالة لا يصحان أيضًا بالإكراء، فمن كفل عن غيره كرمًا أو قبل
 حوالة دين عليه جبرًا فلا يلزمه شيء مما النزم به قهرًا(١٠).

ركن الكفالة والحوالة: هو الإيجاب والقبول، الإيجاب من المحيل أو المكفول عنه، والقبول من المحال عليه والمحال جميمًا أو الكفيل، فالإيجاب: أن يقول المحيل للطالب: أحلتك على فلان هكذا، والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما: قبلت أو رضيت، أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا، وهذا عند أصحابنا.

وقال الشافعي. - رحمه الله -: إن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك، فأما إذا كان له عليه دين فيتم بإيجاب المحيل وقبول المحتال.

وجه قوله: أن المحيل في هذه الصورة مستوفي حق نفسه بيد الطالب؛ فلا يقف على قبول مَنْ عليه الحق، كما إذا وكله بالقيض، وليس هو كالمحال؛ لأن الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من فنه إلى ذمة مع اختلاف الذمم؛ فلا يصبح من غير رضا صاحب الحق. ولنا: أن الحوالة تصرف على المحال عليه، بنقل الحق إلى ذمته، فلا يتم إلا بقبوله ورضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين؛ لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه ابتناء؛ بل هو تصرف بأداء الواجب؛ فلا يشترط تبوله ورضاه؛ ولأن الناس في اقتضاء الدين والمطالبة بها على التفاوت: بعضهم أسهل مطالبة راتضاء، وبعضهم أصعب، فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافاً إلى التزامه.

وإنما اشترط رضا المحيل حتى لو كان مكرمًا على الحوالة لا تصح؛ لأن الحوالة إبراء، فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراء كسائر التمليكات.

^{***}

⁽١) قال الشيخ عمد زيد الإبيان: • من أكره على تأجيل دينه أو على ترك الشفعة أو إبراء مدينه أو على الكفالة أو الحوالة فلا يصح، ولا يلزمه شيء مما الترم به ؟.

 (عادة ۲۹٤): لا يصح الإقرار بالإكراء، فمن أكره إكرامًا معتبرًا على الإقرار، وعلم بدلالة الحال أنه إن لم يقر بما أكره عليه يوقع به المكره ما هدده به من إتلاف أو حبس أو ضرب وهو قادر على إيقاعه فأقر خائمًا من وقوع ذلك، فلا يعتبر إقراره ولا ينزمه شيء مما أقر به.

الزوج ذو شوكة على زوجته فمن أكره زوجته بالضرب أو منمها عن أهلها لتهب له مهرها فوهبته له، وهي خائفة، فلا تصح الهية، ولا تبرأ ذمته من المهر(").

خوَّفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح الهبة إن قدر الزوج على الضرب. وإن هددها بطلاق أو تَرَوَّج عليها أو تسرَّ فليس بإكرَّاه؛ لأن كل فعل من هذه الأفعال جائز شرعًا والأفعال الشرعية لأ توصف بالأكراه. وفي مجمع الفتاوى: منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبويها إلا أن تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة، لأنها كالمكره.

ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى: وهي زَوَّجَ ابنته البكر من رجل فلما أرادت الزفاف منعها الأب إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها فأقرت، ثم أذن لها بالزفاف، فلا يصح إقرارها لكونها في معنى المكرهة. وبه أنني أبو السعود مفتى الروم.

● (مادة ٢٩٥): العقود والتصر فات التي تصح مع الهزل و لا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق والمتاق ونحوها لا يؤثر فيها الإكراه و لا تبطل به.

فمن أكره على عقد نكاح أو على طلاق أو إعناق جاز عقد نكاحه، ووقع طلاقه، وصح إعناقه، ويرجع المعنق كرهًا بقيمة معتقه على مَنْ أكرهه إذا أعتقه لغير الكفارة وكان عتقه بالقول لا بالفعار'''.

⁽۱) قال الشيخ عمد زيد الإياني في شرح هذه المادة: الو أكره الزورج زوجه بنحو ضرب أو منع من زيارة أهلها لتهب لمه ميره ما و من عمل زيارة أهلها لتهب لمه ميره ما وهو مستوي الشراع الأمر وهو جدا السعوم المن وهي ماليقة للأ تصح الهيرة ولا تبرأ قدت من الهره وراقراً مستويًا الشرائط المشتدة على الإقرار المصحوب بالاكراء غير صحيح الأم يؤر يوقع به الكره ما توعده به من إنلاف نفس أو معشو أو إنلاف كل ما المؤلفة والمنافقة على عالم المنافقة على المنافقة على المنافقة المنافقة على المنافقة على المنافقة على المنافقة على المنافقة المنافقة على المنافقة على المنافقة المنافقة المنافقة المنافقة المنافقة المنافقة المنافقة المنافقة على المنافقة ا

الإكبراه همو: إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملًا دون رضاه، سواء كان

= الطلاق بعد الدخول، فإنه لا يصح له أن يرجع على المجبر بشيء؛ لأن المهر قد تأكد عليه بالدخول، لما تقرر من أن كل وطه في دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر.

وأما المكرء على العش فلا يخلر حاله من أحد أمرين: إما أن يكون العش بالقول، وإما أن يكون بالفعل. فإن كان عشة بالقول، فإما أن يكون في مقابلة شيء، كان أعشة في نظير كفارة اليمين أو صبام، كأن حلف كانابًا فأعشة كفارة لليمين، أو أقطر عمدًا في رمضان فأعشة كفارة للفطر.

وإما أن يكون عقد بدون مقابل أصدّ، فإن كان عقد للكفارات فلا حق له في الرجوع على مَنْ أكرهه بشيء، وإن كان عقد لغير الكفارات فله الحق في الرجوع على تَمْ أكره، فيمة معقده لأنه هو السبب في خروج ملكه من يده بغير عوض. هذا إذا كان العتى بالقول. فإن كان بالفعل بأن أكره إنسانَ غيّرةً على شراء قريبه الذي هو رحم عرم منه لأفلا يرجع على من أكره منهني؛ لأن العتى حصل بسبب القرابة القوله عليه الصلاة والسلام: ه من ملك فارحم عرم منه، غير مله و السنن الكريم للنسائي: ١٩٦٦].

و والقائل بأن الإكراء لا يؤثر في الزواج والطلاق والمتن ونحوه، كالتدبير هو الإمام أبو حنيفة. واتفق باقي الأثمة عل أنه يؤثر فيها، كها أنه يؤثر على المقود التي تحتسل الفسخ، ويبطلها الهزل. ولكلَّ دليلٌ.

فاستدل أبو حنيفة على رأيه بأن المكره قصد إيفاع الطلاق مثلاً على زوجته وهو أهل له؛ لأنه مكلف شرعًا لأنه خُبرُ بين أمرين: المهدد به والكره على هفته فاختار أهويها عليه. واختياره أهون الشرين علامة القصد. وكل قاصد لفعل لا يخلو فعله عن حكمة لأن الفرض من الفعل دفع الحاجة. وهي موجودة في الكره، لحاجته إلى التخلص عا ترعد به من القتل أو قفط المضو مثلاً: إلا أن غير راض بالحكم، فقع. ولا تأثير لعدم رضاه في هذا الحكم؛ لأنه ليس أقل حالة من الهازل

يدلُ على ذلك حديث حذيفة وأيه حين حلفها المتركون، فقال عليه الصلاة والسلام: وتُقِيِّ هم بوعدهم، ونستمين الله ع عليهم ا [مسند أحمد: ٥/ ٢٩٥، ٣٧] فين بذلك أن البين طوعًا أو كرمًا سواء.

ولكن يرد على أن فعل المكره صادر عن اختيار: أنه لو كان عند المكره اختيار لما صبح له فسخ مقرد المعاوضات بعد زوال الاركواء ويجاب عن ذلك: بأن الذي خرَّل له حن الفسخ في عقود المعاوضات هو عمد الرضاء وهو ليس بشرط في العقود التي لا تحتمل الفسخ و لا يطلها الغزل، كما أن الهزال. لأنه ليس عنه قسد أصلاً، وقد وقع عليه الطلاق خديث: ولان جيفس جد دونرض جدا التكام والطلاق والعناق 1 المستدرات على الصحيحين للحاكم: ١٠٠٠

وإذا كان حكم الهازل كذلك، فيكون الكره أولى، لوجود القصد عنده في الجملة. ولا يرد على ذلك: أن الهازل له اختيار كامل في قصد اللفظ بخلاف الكره، فإن اختياره فاصد بالإكراء، والقامد في حكم العدم، فلا يلزم من الحكم بصحة من المنظم الدولة المنظم الكرو، فإن المنظم المنظم

كامل في قصد اللفظ بخلاف المكره، فإن اختياره فاسد بالإكراء، والفاسد في حكم العدم، فلا يلزم من الحكم بصحة هذه التصرفات بالنسبة للهازل حكم بصحتها بالنسبة للمكره؛ لأن الهاز أنه التجار في السبب وهو اللفظ دون المسبب، وهو المنى، فكان اختيار الهازل أيضًا غير كامل بالنظر إلى الحكم الذي هو المقصود، فصح قياس المكرء عليه.

واستدل باقي الأثمة على رأيم يقوله عليه الصلاة والسلام؛ وفق من أمني المخطأ والنسيان وما استكرهوا هليه و اسن اين ماجهه كتاب الطلاق، باب طلاق الكره و الناسي (Pan ، Pan) . هر حديث حسن. ينظر: تلخيص الحير للحافظ : ١/ ١٨٨] . أي: رفع عن أمني حكم ما فعلوه خطأ أو نسبانًا أو سكرهن، فلا يؤاخذون عليه ولا يعاملون بها يقضه لو حصل في غير هذه الأحوال، ولان الآثرة الا يجتمع مع الاختيار الإساداء إباد واعتبار التصرف الشرعي إنها هو بالاختيار بخلاف الهازل، فإنه غتار في الكلم بالطلاق والعش غيرً راض بحكمه فيعتبر قوله.

وقد أجاب أبو حنيفة عن حديث: 9 رفع عن أمتي ... إلغ 9 بأنه لا يصح نفي نفس ما استكرهوا عليه لوجوده حقيقة، فلا بد من تقدير الحكم، وهو نوعان: دنيوي وأخروي فلا يتناولها اللفظ؛ لأنه كالمشترك. وحكم الآخرة مراد بالإجماع، فانضى الآخر أن يكن نر وأنا، فيقى حكمه بدون رفع. وفيه أن هذا لا يصلح ردًا على من يرى استعمال المشترك في معنيه، ع هذا الإجبار بفعل مادي أو معنوي، وهو في تعريف التفتازاني: «حمل الغير على أن يفعل ما لا يرخار على أن يفعل ما لا يرضا و للاختيار؛ إذ الفعل يصدر عنه المنتيار، إذ الفعل يصدر عنه باختياره . وفي المادة (١٤٥٢) من مجلة الأحكام الشرعية تعريف الإكراه بأنه هو « الإجبار على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه بتهديد بشى و من ذلك من قادر عليه ، ويتألف الإكراه بهذا من أمرين:

أولهما: استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم حالٌ كالضرب والسجن وأخذ المال أو التهديد بشيء من ذلك.

والثاني: تأثير هذا الخطرِ المهدَّدِ بوقوعه في الحمل على التصرف.

وينقسم الإكراه إلى قسمين:

أولهما: الإكراه الملجئ أو التام الذي يخشى فيه من تلف البدن، كأن يقول: إن لم تفعل كذا سأقتلك أو أقطع يدك.

والثاني: الإكراه الناقص أو غير الملجئ الذي لا يخشى منه على فوات النفس أو على سلامة الأعضاء، كأن يكون الوعيد بما لا يؤدي إلى إتلاف البدن.

والإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار، على حين أن الإكراه غير الملجئ يعدم الرضا ولا الإكراه غير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار. ذلك أن المكرّه غير راض بإيقاع ما أُخْرِه عليه، وهو غير مختار في حالة الإكراه الملجئ، فيضاف فعله إلى الحامل له على الفعل. أما في الإكراه غير الملجئ فإن اختياره موجود، وهو يلجأ إلى إيقاع الفعل المكره عليه بعد موازنة منه بين إيقاع هذا الفعل وبين لحوق الخطر المهدد به.

عقود المكره:

شدد الفقهاء في تأثير الإكراء على العقود، وتفاوتت آراؤهم في ذلك على النحو التالي: ١ - مذهب الشافعية ويعض الحنابلة: أن عبارة المكره لاغية لا أثر لها شرعًا، فتعاقده باطل.

⁻ كالشافعي. ولا يخفي أن مذهب الأنمة الثلاثة أرفق خصوصًا وقد ورد في الأثر: ٩ لا طلاق في إغلاق ٥ [سنن أي داورى كتاب: الطلاق، باب في الطلاق على حالة كؤاها (٢٠١٣)، وسنن ابن عاجه، كتاب الطلاق، باب: طلاق الكرة الكره والنامي (٢٠٤٦) لم. أي: لا طلاق واقع في حالة كؤاها، وعلى الحلاف إنها هو في إنشاء التكام والطلاق والدنق. أما إذا كان الإكراء على الإقرار جذه الأشياء فلا يصح. أما على رأي غير أبي حنية فظاهر، وأما على رأيه فلان الإقرار خبر عنمل للصدق والكذب، وحصوله مقترنًا بالإكراء يرجع جانب الكذب فلا يصح، ولا يقع ما أثر بعا لأنه أثر

٢ - مذهب المالكية: أن تعاقد المكره غير لازم يصح بإجازته في غير النكاح.

 مذهب جمهور الأحناف: أن عبارة المكره منشئة لعقد فاسد، على حين ذهب زفر إلى أن عقد المكره مو قوف.

وقد أخذ القانون المدني الأردني طبقًا لما جاء في المادة (١٤١) منه برأي زفر في أن عقد المكره موقوف لا ينقذ إلا إن أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه، حيث ينقلب العقد صحيحًا بهذه الإجازة.

أما القانون المدني المصري: فقد جاه في العادة (۱۹۲) منه ما يفيد الأخذ كذلك برأي زفر في الحكم بأن عقود المكره من العقود القابلة للبطلان؛ حيث نصت على أنه * يجوز إيطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس *. ذلك أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي قريب من مفهوم العقد القابل للبطلان في الاصطلاح القانوني، بفارق واحد، هو أن العقد القابل للإبطال يعتبر صحيحًا وتترتب نتائجه عليه ما لم يطالب أحد بإبطاله، على حين أن الحكم الموقوف في الفقه الإسلامي لا تترتب نتائجه ولا تثبت أحكامه إلا بعد حدوث إجازته من قبل صاحب المصلحة التي أريد حمايتها لحقه، وهو هنا المكره على التعاقد (().

لا يحتمل الفسخَ كلِّ من الطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والإيلاء والفيء في الإيلاء والتدبير والعفو عن القصاص، وهذه التصرفات جائزة مع الإكراه عند الأحناف.

وعند الشافعي: لا تصح مع الإكراء واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: * إن الله تجاوز عن أمني الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "" فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفوًا ؛ ولأن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جوازِه، ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون، وهذا الشرط يفوت بالإكراء؛ لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه.

وللاحناف أن عمومات النصوص وإطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد.

أما الطلاقة فلقوله ﷺ: ﴿ فَطَلِقُوهُنَّ لِيدَّتِهِكَ ﴾ [الطلاق: ١]، وقوله ﷺ: • كل طلاق جائز

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي و دراسة فقهية مقارنة ا د. محمد سراج: ٩٥ - ٩٧.

⁽٢) سنن ابن ماجه: ١/ ٦٥٩ برقم (٢٠٤٣).

إلا طلاق الصبي والمعتوه (٢٠٠) و لأن الفائت بالإكراء ليس إلا الرضاء وهو ليس بشرط لوقوع الطلاق، فإن طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعًا، وكذلك الرجل قد يطلق امراته الفائقة حسنًا وجمالًا الرائقة تغنجًا ودلالًا لخلل في دينها، وإن كان لا يرضى به طبعًا ويقع الطلاق عليها.

وأما الحديث فقد قبل: إن المراد منه الإكراء على الكفر؛ لأن القوم كانوا حديثي العهد بالإسلام، وكان الإكراء على الكفر ظاهرًا يومئذ، وكان يجري على ألسنتهم كلمات الكفر بالإسلام، وكان الإكراء على الكفر على ألسنتهم كلمات الكفر غطأ وسهوًا، فعفا الله فلا عن ذلك عن هذه الأمة على لسان رسول الله فلا م ما أنا نقول بموجب الحديث: أن كل مُستكرّره عليه معفوٌ عن هذه الأمة، لكنا لا نسلم أن لا يصح لطلاق والعتاق وكل تصرف قولي مستكره عليه؛ وهذا لأن الإكراء لا يعمل على الأقوال كما يعمل على المتعادل على الاعقادات لأن أحدًا لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير على معتقده بقلبه جبرًا، فكان كل متكلم مختارًا فيما يتكلم به فلا يكون مستكرمًا عليه حقيقة المتعادل.

● (مادة ۲۹٦): من أكره على عقد من العقود المحتملة للفسخ جاز له أن يفسخه بعد زوال الاكراه، ولا يبوت العاقد الآخر بل تقوم وراتهم مقامهم (").

أما الذي يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها، فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة - رضي الله عنهم - وعند زفر - رحمه الله -: يوجب توقفها على الإجازة كبيم الفضولي. وعند الشافعي: يوجب بطلانها أصلًا.

ووجه قولهما: أن الرّضا شرطُ البيع شرعًا. قال اللَّه تعالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عُكَرَةً مَن زَّاضِ يَنكُمُ ﴾ والإكراه يسلب الرضا. يدل عليه: أنه لو أجاز المالك يجوز، والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة، كسائر البياعات الفاسدة فأشبه بيع الفضولي، وهذه شبهة زفر.

(۲) قال الشيخ محمد زيد الإيباني: • ما تقدم بعلم أن من أكره إكراهاً معتبرًا على عقد من المقود المحتملة للفسخ جاز له أن يفسخه بعد زوال الإكراء، وإن تداولته الأيذي، لتقدم حق الكرء على حق الشتري الثاني كها سبق. ولا يبطل حق الفسخ بموت المكرء ولا بموت المجبر ولا بموتها، بل من مات منهها تقرم ورثته مقامه. ولكن لو تصرف المشتري في المبيع مثلًا تصرفًا لا يحسل الفسخ، بأن كان أرضًا فوقفها بطل حق الفسخ، كها لو هلكت

أو استهلكت بل تعين له أخذ القيمة؛ لأن التصرف بالوقف بمنزلة الاستهلاك، نظرًا لمراعاة الموقوف عليهم بدون إلحاق ضرر بالمكره، لما أن القيمة بدل ملكه ؟.

⁽١) سنن الترمذي: ٣/ ٤٩٦ برقم (١١٩١).

دليل الأحناف ظواهر نصوص البيع حيث جاءت عامة مطلقة من غير تخصيص وتقييد؛ ولأن ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقاً من أهل البيع في محل وهو مال مملوك البائع فيفيد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة، ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك، وهنا الفاسد لعدم الرضا، فكان الرضا شرط الصحة، لا شرط الحكم، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البياعات الفاسدة، إلا أن سائر البياعات لا تلحقها الإجازة؛ لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد، وهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه.

وإذا أجاز واحدًا من العقود جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد، وما قبله أيضًا بخلاف الفاصب، إذا باع المعضوب ثم باعه المشتري هكذا، حتى تداولته الأيذي وتوقفت العقود كلها، فأجاز المالك واحدًا منها، إنما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره، ولو لم يجز المالك شبيعًا من المعقود، ولكنه ضمن واحدًا منهم يجوز ما بعد عقده دون ما قبله. والفرق أن في باب النصب لم ينفذ شيء من العقود، بل توقف نفاذ الكل على الإجازة، فكانت الإجازة شرط دون غيره، أما ههنا فالعقود ما توقف نفاذها على الإجازة لو لم الإجازة ومها نافذة قبل الإجازة؛ إذ الفساد لا يمنع النفاذ، فكانت الإجازة إزالة الإكراه من الأصل، ومتى جاز الإجازة الفرق، وبخلاف ما إذا ضمن المعقوب مند اختيار أخذ الضمان منه من الخاض ما إذا ضمن المعقوب مند اختيار أخذ الضمان منه من المخدف في مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود، وههنا بخلافه على ما عرف في مسائل

وإذا قال البائع: أجزت جاز البيع؛ لأن المانع من الجواز هو الإكراه، والإجازة إزالة الإكراه، وكذا إذا تبض الثمن؛ لأن قبض الثمن دليل الإجازة كالفضولي إذا باع مال غيره الإكراه، وكذا إذا قبض الثمن، ولو لم يعتقه المشتري الأول ولكن أعتقه المشتري قبل الإجازة نفذ إعتاق؛ لأن الملك ثابت له بالشراه، وصواء كان قَبَصَ الكبّد أو لا؛ لأن شراه، صحيح فيفيد الملك بنفسه، بخلاف إعتاق المشتري الأول قبل الفيض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض، ولو أعتقه المشتري الأعير ثم أجاز البائع العقد الأول لم تجز إجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القبعة، وهو بالخيار إن شاء رجع بها على المكره، والمكره يرجع على أحد المشترين أيهما كان. أما الرجوع على المكرة وأن شاء رجع على المدارية الإداف، ولذ شاء رجع على المشتري الأول، وإن شاء رجع على المشترين أيهما كان. أما الرجوع على المكرة أن يرجع بذلك على المشتري الأول؛ لأنه ملك فله أن يأخذ منه ضمان الإتلاف، وللمكرة أن يرجع بذلك على المشتري الأول؛ لأنه ملك

المضمون بأداء الضمان فتزل متزلة البائع، وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان فكذا له، ويصح كل عقد وجد بعد ذلك. وإن شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما في حق البائع بمتزلة غاصب الغاصب، فإن اختار تضمين المشتري الأول برئ المكره وصحت البياعات كلها؛ لأنه ملك المشتري الأول باختيار تضمينه فتين أنه باغ ملك نفسه فصح، فيصح كل بيع وجد بعد ذلك. وإن اختار تضمين المشتري الآخر صحح كل بيع وجد بعد ذلك. فإن المتار تضمينه فقد خصه بملك صحح كل بيع وجد بعد ذلك ملا المتار تضمينه فقد خصه بملك على المشمون فتين أن كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع فبطل. هذا إذا كان المكره هو البائم.

(مادة ۲۹۷): عقد المُخرَّر ينعقد فاسدًا لا باطلًا فيقبل الإجازة فإن أجازه المخرَّرُه بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا

قال محمد في الأصل: إن قالوا له: لتقتلنك أو لتقرَّقُ لهذا الرجل بالف درهم، فأقر له بخمسمائة درهم فالإقراد معليه؛ للم بخمسمائة درهم فالإقراد معليه؛ لأن الإكراء على الألفي إكراء على كلَّ جزء من أجزائها. وقال في الأصل أيضًا: وإن أكرهوه لأن الإكراء على الأشف درهم فاقر له بألفي درهم لزمه ألف درهم وبطلت عنه ألف؛ وذلك لأنه في الألف مكره وفي الألف الأخرى طائع، فيصح إقرار الطائع لا المكره. قال بعض مشايخنا: ما ذكره محمد قولهما، كما إذا شهد شاهد أن أحدهما مدين بألف والآخر بألفين فإنه تقبل الشهادة على ألف عندهما خلافًا لأبي حتيفة. فأما على قول أبي حتيفة يصح إقراره بألفي درهم فلأنه لم يقر بما أكره عليه، وإنها أقر بشيء آخر، إلا أن يكون الإكراء بألف من كيس فأقر بألفين في ذلك الكيس كذا ذكر خُواهرزاده في مبسوطه، وقيل: بل هذا الجواب قولهم جميدًا؛ لأن محمدًا لم يذكر فيه الخلاف.

وجه الفرق على هذا بين هذه المسألة وبين مسألة الشهادة لأبي حنيفة: أن المعتبر عند أبي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى والأَلْفُ غير الأَلْقَيْنِ في اللفظ. وليس كذلك الإكراه؛ لأن المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ؛

⁽۱) قال الشيخ محمد زيد الإيبان: • وكذا يعلم عا سبق أن عقد الكره يقع فاسدًا لا باطلاً إلحاقًا له بالهازل؛ لوجود القصد عنده بخلاف الهازل ولا يعتقد موقوقًا. أما كونه غير باطل فلائه صدر من أهله العائق البالغ، مع وجود علمه القابل له، وهو المبيع، فتعين كونه فاسدًا لعدم الرضاء ولذلك يزول فساد، بالإجازة، ويتقلب صحيحًا إذا أجازه المكره بعد زوال الإكراء صراحةً أو دلالةً، لما تقدم من أن سبب الفساد زال، فيزول السبب وهو الفساد فيصف بالصحة ٢.

لعقود: ماهمة العقد وشم اتطه مسيحي العقود: ماهمة العقد وشم اتطه

لأن غرض المكره أن يتخلص ويفعل على غير إرادة المكره، وقد اتفقا في الألف في المعنى وإن اختلفا في اللفظ، وقال محمد في الأصل: وإن أقر بمائة دينار فإنه يكون جائزًا؛ لأنه إقرار طائع، فإنه لم يأت بما أكره عليه و لا ببعض منه بل أتى بجنس آخر؛ لأن الدراهم والدنانير حسان مختلفان حققة.

♦ (عادة ۲۹۸): عقود المكره لا يتوقف نفاذها على إجازته بعد زوال الإكراه بل تنفذ بلا توقف وتفيد الملك بالقيض، فإن كان المكره عليه عقد بيع يملك المشتري المبيع بقبضه ملكاً فاسدًا ويصح فيه كلُّ تصرف من التصرفات التي لا يمكن نقضها، وتلزم قيمته ويكون للبائع مكرمًا الخيادُ إن شاء ضمن المكره له على البيع قيمته يوم تسليمه إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم قبضه أو يوم أحدث فيه تصرفًا لا يحتمل النقض(١٠).

الأصل أن التصرفات القولية للمكروسواء كان مكرها بالملجئ أو بغيره تنعقد عند الأحناف كما في البيرع الفاسدة، وما يحتمل الفسخ يُقسخ إن فَسَخ المكرو، وما لا يحتمله فلا يفسخ، كما في البيرع الفاسخ، وما لا يحتمل الفسخ كبيعه وشرائه وإجارته وصلحه وإبرائه مديونه أو كفيله وهبته فإنه إذا أكره على واحد منها بأحد نوعي الإكراه خير الفاعل بعد زوال الإكراه: إن شاء أمضاه وإن شاء فسخ؛ لأن الإكراه مطلقاً يعدم الرضا، والرضا شرط صحة هذه العقود فتفسد بفواته. وإقراره خبر يحتمل الصدق والكفب، وإنما صار حجة لرجحان جانب الصدق، والإكراه دليل على كذبه فيما يقربه قاصداً إلى دفع الشر عن نفسه فيملكه أي المبيع بالإكراه (المشتري إن قبض)، كما في سائر البيوع الفاسدة فيصح إعتاقه؛ أي إعتاق المشتري لكونه ملكه، ولزمه (أي المشتري) قيمتُه؛ لأنه أتلف ما ملكه بعقد فاسد. فإن قبض (أي البائع) المكرة اللمئر والمن أو سلم المبيع طوعًا نفذ البيع لوجود الرضا، وإن قبض (الثمن) مكرهًا لا أي

⁽۱) قال الشيخ عمد زيد الإيباني: • ثبت لك أن عقد الكرء فاصد عند أشة للذهب الحني لا باطل ولا موقوف. ولا يعزب عليك أن العقد الفاصد بغيد اللك باللغيش، ويغذ بدون توقع على إجازة الكرّة بعد زوال الاجراء. وكذلك لو كان الكرةً عليه عقد بيج بملك المشتري المبع بشت غير أن لللك يكون فاسكةً. وبها أنه مكتم معه أن ايتصرف في كل تصرف من التحر فات التي لا يمكن تنقطها، كالوقت والصدقة والشين والثدير والاستيلاد وقد سيق بيان ذلك كله.

من استفراده النبي و يعند عميمة المؤود المستفدة ويصف ويصف ويصف والمنظر وه مسيد و وصف بيا بيان المناطقة ... والباتع مكر قاله الخيار إن شاء ضمن الكره له قيمته وقد تسليمه للمشرق وإن شاء ضمن الششري فيت يوم تسلمه بمنزلة غاصب الغاصب وإذا ضمَّن الكره المجبر فله أن يرجع على الشتري؛ لأنه هو الذي استهلك العين، وهي علم كنه له فيضم بلغا، ولا يخفى أنه إذا كان النس مع المكره واستهلكه يكرن واجبًا في ذمته، فيحسب من ضمن الثمن، ولكنه لو طلك عند بدون تعديد مقط عنه؛ لأنه المناق يقد، كما سيق.

لا ينفذ لعدم الرضا، ورد البائع الثمن الذي قبضه مكرهًا إن بقي في يده ولم يضمن إن هلك؛ لأن الثمن كان أمانة عند المكره؛ لأنه أُخَذَ بإذن المشترى، والقبض إذا كان بإذن المالك فإنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك، وهو لم يقبضه له لكونه مكرهًا على قبضه فكان أمانة، بخلاف ما إذا أكره على الهبة بلا ذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون فاسدًا، أي يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على الأصل القاضى بأن الإكراه على الهبة إكراه على الدفع، والإكراه على البيع ليس إكراهًا على التسليم. ولو هلك المبيع في يد مشتر غير مكره، والبائع مكره ضمن المشتري قيمته للبائع؛ لأنه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونًا عليه كما في إعتاق المشتري. وله (أي للبائع) أن يضمن أيًّا شاء من الحامل والمشتري كالغاصب وغاصب الغاصب؛ فالمكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب.

فإن ضمن الحامل رجع على المشترى بقيمته؛ لأنه قام مقام البائع بأداء الضمان؛ لأن المضمون يصير ملكًا للضامن من وقت سبب الضمان وهو الغصب، وإن ضمن أحد المشترين وقد تداولته الأيدي نفذ كل شيء كان بعده أيُّ بعد شرائه؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فظهر أنه باع ملك نفسه، ولا ينفذ ما كان قبله؛ لأن استناد ملك المشترى إلى وقت قبضه بخلاف ما لو أجاز المالك المكره عقدًا منها حيث يصح ما كان قبله وبعده؛ لأن المانع من النفاذ حقَّهُ فيعو د الكل جائزًا.

. (هادة ٢٩٩): للبائع المكره ولوارثه من بعده أن ينقض تصرفات المشتري التي تحتمل الفسخ، ويسترد العين التي أكره على بيعها حيث وجدها، وإن تداولتها الأيدي، فإن هلكت العين في يد المشترى يضمن قيمتها، وللبائع الخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء ضمن المجبر. فإن ضمن المجبر فله الرجوع بما ضمنه على المشترى، فإن كان المشتري هو الذي أجبر على الشراء وهلك المبيع في يده بلا تعدُّ منه فلا ضمان عليه، وكذا لا ضمان على البائع المكره إن قبض الثمن مكرهًا وهلك في يده بلا تعدُّ منه(١).

لو باعه المشتري من المكره من آخر، وقد كان قبضه بتسليم البائع مكرهًا، فالبائع على

⁽١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ٩ بالتأمل فيها يخالف فيه بيع المكره البيع الفاسد تعلم أن المكرّه (بالفتح) له أن ينقض جميع تصرفات المشتري التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل، ويسترد العين التي أكره على بيعها حيث وجدها، وإن تداولتها الأيدي مراعاة لحق المكره؛ لأنه سابق على حق المشتري الثاني، فهو أولى. فإن هلكت العين في يد المشتري لزمه قيمتها؛ لأنها هلكت وهي على ملكه، كالمشتري شراءً فاسدًا.

ولكن البائع مكرهًا غير بين أمرين إن شاء ضمن المكره قيمة المبيع يوم تسليمه للمشتري، ورجع عليه بها ضمن، وإن شاء=

خياره إن شاء نقض البيع الأول والثاني، وإن شاء أجاز البيع الأول؛ لأن البيع الثاني في كونه معتملاً للفسخ كالأول، والبائع غير راض بواحد من البيعين فيكون متمكنًا من استرداده، وباسترداده ينفسخ البيعان جميعًا، كما لو اشترى عبدًا بألف درهم حالّة، وقبضه المشتري بغير أمر البائع، فباعه كان جائزًا لمصادفته ملكه، وللبائع الأول أن يسترده؛ لأنه غير راض بالعقد الثاني حين كان ممتنعًا من تسليمه إلى المشتري، فإذا استرده انتفض البيع الثاني، وكذلك في حق المكره بخلاف البيع الفاصد بشرط أجل، أو خيار لمجهول، فالمشتري هناك إذا باعه من غيره، ونفذ بيعه لا يكون للبائع أن يسترده؛ لأن البيع الثاني حصل برضا البائع الأول تسليطًا له على التصرف، وهنا البيع الثاني كان مكرهًا على التسرداد، فينفذ البيعين، واسترداد المبيع، فإن أجاز البيع الأول، فقد أسقط حقه في الاسترداد، فينفذ البيع الثاني؛ لأنه حصل من المشتري في ملكه ويده، كما لو قبض المبيع بغير إذن البائع، وباعه، ثم سلم البائع حصل من المشتري في ملكه ويده، كما لو قبض المبيع بغير إذن البائع، وباعه، ثم سلم البائع حصل من المشتري الأول، فقبضه جاز البيع الثاني لهذا المعنى.

وفي الفصولين: يجوز كل يبع جرى فيه، وإن تناسخه عشرة يبع بعضهم من بعض إذا نفذ البيد الأول بإجازة الباتع كذلك البيع جرى فيه، وإن تناسخه عشرة يبع بعضهم من بعض إذا نفذ بعد ما قبضه بحكم عقد صحيح، إلا أنه كان للبائم الأول حق الفسخ، فإذا سقط حقه بالإجازة نفذت البيوع كلها، وكذلك في مسألة المكره لو تناسخه عشرة بيع بعضهم من بعض كان نفذت البيوع كلها، وكذلك في مسألة المكره لو تناسخه عشرة بيع بعضهم من بعض كان للمكره أن ينقض البيوع كلها، ويأخذ المبيع، فإن سلم المبيع في بيع من هذه البيوع الأول، فأما البيع من كل مشتر فكان في ملكه لنفسه، ولكن يوقف نفوذه على سقوط حق المكره فأما البيع من كل مشتر فكان في ملكه لنفسه، ولكن يوقف نفوذه على سقوط حق المكره أل المنتج وبالإجازة سقط حقه، فتفذ البيوع كلها كالراهن إذا باع المرهون، وأجاز المرتهن البيع، أو الآجر باع المستاجر، فأجازه المستأجر بعد البيع من جهة المباشر، والمجيز يكون مسقطاً حقه في الفسخ إلا أن يكون مملكًا بإجازته، وإذا جازت البيوع كلها كان الثمن للمكره على المشتري الأول، ولكل بائع الثمن على المشتري؛ لأن العقد الأول نفذ بين المكره والمشتري الأول بهذه الإجازة، فله أن يطالبه بالثمن، وكل عقد بعد ذلك إنما نفذ بين البائم والمشتري منه فيكون الثمن له، وهذا بخلاف الغاصب إذا باع المخصوب، وسلمه،

⁼ ضمن المشتري قيمته وقت تسلمه أو يوم هلاكه، هذا إذا اشترى طائعًا، فإن أكره على الشراء مثل البائع وهلك المبيع في يده بلا تعد منه فلا ضهان عليه أصلًا، بل يكون الضهان على المكره. ولكن لو تعدى عليه بأن استهلكه يكون ضامنًا وهو ظاهر ؟.

ثم باعه المشتري من غيره حتى تناسخته بيوع، ثم أجاز المالك بيمًا من تلك البيوع، فإنه يُنْلُذُ ما أجازة ما البيوع، فإنه يُنْلُدُ الجازته ما أجازه خاصةً؛ لأن النصب لا يزيل ملكه، فكل بيع من هذه البيوع يوقف على إجازته لمصادفته ملكه، فتكون إجازته لأحد البيوع تعليكًا للمين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه، وهنا المشتري من المكره فإن المائك، فالبيع من كل مشتر صادف ملكه، وإنما يوقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد.

وأما لزوم الثمن المشتري فللزوم البيع في الجانبين جميعًا، ويستوي أيضًا في باب البيع والشراء الإكراء ألتام والناقص؛ لأن كل ذلك يفوت الرضا ويستوي في الإكراء على البائع تسمية المستري وترك التسمية حتى يفسد البيع في الحالين جميعًا؛ لأن غرض المكره في الحالين جميعًا؛ لأن غرض المكره في الحالين جميعًا؛ لأن غرض المكره ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يومًا أو القيد يومًا فليس ذلك من الإكراء في شيء؛ لأن ذلك لا يغير حال المكره عما كان عليه من قبل، هذا إذا ورد الإكراء على البيع والتسليم، فأما إذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلَّم وهو طائع، والمبيع عبده فمولى المعبد بالخيار إن شاء ضمن المكره، وإن شاء ضمن الوكيل أو المشتري، فإن ضمن الوكيل رجع على المشتري، وإن ضمن المشتري لا يرجع على أحد، أما ولاية تضمين المكره فلأن الإراء على التوكيل بالبيع تسبيب إلى إزالة اليد وأنه إتلاف معنى، فكان التلف بهذه الواسطة مضافًا إلى المكره فكان له ولاية تضمين المكره وكان له ولاية تضمين المكره. وأما تضمين الوكيل فلأنه قبض ماله بغير رضاه، وكذلك المشتري، وقبشً مال الإنسان بغير رضاه وكذلك المشتري، وقبشً مال الإنسان بغير رضاه وكذلك المشتري، وقبشً مال الإنسان بغير رضاه مسببً لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين أيهما شاء.

فإن ضَمَّنَ الوكيل يرجع عن المشتري بقيمة العبيع؛ لأنه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه كالبائع. ولكن لا ينفذ ذلك البيع بأداء الضمان؛ لأنه ما ملكه بأداء الضمان؛ لأنه ما ملكه بأداء الضمان؛ لأنه لم يبعد لنفسه بل لغيره وهو العالك فيقف نفاذه على إجازة مَنْ وقع له العقد وهو المالك؛ لا على فعل يوجد منه وهو أداء الضمان، وهذا بخلاف ما إذا باع المناصب أم أدى الضمان أنه جاز وقوفه على فعلم وهو أداء الضمان، وجاز وقوفه على فعل مالكه أيضًا بأداء الضمان، وجاز وقوفه على فعل مالكه أيضًا بأراء الضمان فلا يملكه الغاصب؛ لذلك وقف على إجازة المالك؛ وإن اختار تضمين المشتري المشتري على أحد؛ لأن القيمة بدل العبيع، وقد سلم له المبدل، ثم إن كان البائع قبض الثمن من المشتري يسترده منه، وإن كان الم يقيضه فلا شيء، هذا إذا كان الإكراء ناتًا،

العقود: ماهية العقد وشرائطه خالات كالاتاثية اللاسمان المحمد المح

فإن كان ناقصًا لا يرجع المكُرّةُ بالضمان على المكره؛ لأن الإكراه الناقص لا يوجب نسبة الإتلاف إليه على ما بينا، ولكنه يرجع إلى الوكيل أو المشتري لما بينا، والله ﷺ أعلم.

•••

الغَضِلُالثَّالِثُ

في الغبن الفاحش والغلط الواقع في العقود

♦ (مادة ٢٠٠): الغين الفاحش لا يفسد العقد، ولا يوجب حق فسخه للمغبون إلا إذا كان فيه تغرير، وإنما يفسد العقد ويجب فسخه بالغين الفاحش – ولو لم يكن فيه تغرير – إذا كان المغبون غبنًا فاحشًا صغيرًا، أو كان المال الذي حصل فيه الغين الفاحش مالً وقفي.

الغبن في اللغة: مصدر غبن إذا أدخل عليه ما يغضبه، وينقسم عند الفقهاء إلى قسمين:
يسير وفاحش. فاليسير: هو ما يدخل تحت تقدير أهل الخبرة بمعنى أنه إذا قرَّم المبيع من له
دراية بأحوال التجارة في نفس ذلك المبيع يكون تقويمه شاملًا لذلك القدر اليسير. مثلاً: إذا
اشترى إنسان بيئًا بألف جنيه مثلًا فادعى المشتري أن العقد فيه مائة جنيه زيادة على القيمة
وأنكر البائع زيادة المائة، فعين القاضي أهل خبرة للنظر في ذلك، فقال بعضهم: المبيع يساوي
تسعمائة جنيه، وقال الآخر: يساوي ألف جنيه، فالمائة التي دخلت في التقدير يعتبرها الفقهاء
غبنًا يسيرًا. وقال بعضهم: الغبن اليسير هو ما كان أقل من الخمس. وقد اتفق العلماء على أنه
لا يؤثر في البيع مطلقًا أي سواء صَاحَبُهُ تَعْرِيّر أو لا؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه.

وأما الغين الفاحش، فهو: ما لا يدخل تحت تقدير أهل الخبرة، كما إذا باع شخص لآخر حصانًا بماتين وخمسين جنيهًا، فادعى المشتري الغين، فعين لذلك أهل الخبرة، واتفق الكل في تقديرهم على أن الحصان يساوي مائتي جنيه لا غير، فالقدر الزائد عن تقديرهم وهو الخمسون يقال له: غين فاحش. وقد اختلف العلماء في حكمه، فقال بعضهم: الغين الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق الفسخ للمغيون مطلقًا، أي سواء صاحبه تغرير أو لاه لقوله عليه الصلاة والسلام: «دعوا الناس في ففلاتهم يرزق بعضهم بعضًا».

وقال بعضهم: يؤثر على العقد بالفساد ويوجب حق الفسخ مطلقًا أي سواء صاحبه تغرير أو لا؛ لأنه أوجب ضررًا على المغبون، والضرر يزال شرعًا.

وقال بعض المحققين: الغبن الفاحش لا يوجب فسخ العقد إذا لم يصاحبه تغرير؛ لأن المشتري مثلاً قدرضي به، وإن صاحبه تغرير، فله حق الفسخ. وهو المفتى به؛ لأن المشتري لم يرض بالعقد إلا بسبب التأثير على نفسه بالتغوير والخداع الذي وجدمن البائع أو من الدلال. والظاهر أنه إذا كان ممن ليس له دخل في البيع يكون كعدمه، ولا يوجب فسخ العقد. ومحل الخلاف إذا كان في غير مال الصغير أو الوقف. وأما إذا كان في مالهما فيجب فسخ المقد مطلقًا، سواء صاحبه تغرير أو لا؛ وذلك لأن الصغير يجب التصرف في ماله بما هو أنظر له، بحيث لو كان التصرف في ماله مشتملًا على غين فاحثى يكون باطلًار. قال تمالى: ﴿ وَلَا نَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْقِيْدِ إِلَّا بِإِلَّيْ مِنَّ أَخَسَتُ ﴾ [الانماء: ١٥٠]. وليس من الحسن إدخال الغين الفاحش في ماله. وأما الوقف فإنه يفتى فيه بما هو أنفع والأنفع له عدم دخول الغين الفاحش فيه.

بقي ما إذا حصل في العقد تغرير ولكن لم يوجد فيه غبن. وحاصله: أنه لا يخلو، إما أن يكون التغرير قوليًّا أو فعليًّا؛ فإن كان قوليًّا فلا حق للمغرور في فسنخ العقد ولا الرجوع على مَرْ عقد معه شيء.

وإن كان فعليًّا كما إذا ربط صاحب البقرة أحلافها حتى اجتمع اللبن في ضرعها ثم ذهب بها إلى السوق، ورآما من يريد الشراء فاغتر بعظيم ضرعها واشتراها، فلما حلبها المرة الثانية وجد لبنها قليلًا بالنسبة لما وجد منها أولًا، ففيه خلاف بين أبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف:

- فقال أبو حنيفة: يرجع بالنقصان.
- وقال الشافعي: يجوز للمشتري أن يردها مع لبنها، أو يردها وصاعًا من تمر، لحديث: « لا تصروا الإبل والغتم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر ؟(١).
- وقال أبو يوسف: يردها ويرد قيمة اللبن؛ لأن ذلك هو الواجب شرعًا. ولا يخفى ظهور رأي أبي يوسف.

...

● (مادة ٢٠١١: إذا وقع خلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمى ومشارًا إليه فإن اختلف الجنس تملق العقد الجنس واختلف الوصف تملق العقد الجنس واختلف الوصف تملق العقد بالمشار إليه، وينعقد لوجوده، ويخير العاقد لقوات الوصف إن شاء أمضى العقد وإن شاء أنقف.

فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلًا على

⁽۱) وهذا الحديث متفق عليه . (صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن يجفل الإبل والبقر والغنم برقم (۲۱۰۰)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيم الرجل على أخيه وسرم على سوم برقم (۲۱۵۰).

أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح البيع، والمشتري بالخيار بين إمضائه وفسخه(١).

إذا قال: بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثوب الهَرويَّ بكذا فإذا هو مَرْويٌّ، أو قال: بعتك هذا الثوب على أنه مروي فإذا هو هروي لا ينعقد البيع في هذه المواضع؛ لأن المبيع معدوم. والأصل في هذا: أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية، ويتعلق العقد بالمسمى، وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة فإن تفاحش التفاوت بينهما، فالعبرة للتسمية أيضًا، ويلحقان بمختلفي الجنس، وإن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه، ويتعلق العقد به. وإذا عرف هذا فنقول: الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان، وكذا الهروي مع المروي نوعان مختلفان؛ فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيطل ولا ينعقد.

وكذا لو قال: بعتك هذا العبد فإذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله -. وعند زفر - رحمه الله -: يجوز.

وجه قوله: أن المسمى ههنا من جنس المشار إليه أعني العبد والجارية، وإنما يختلفان في صفة الذكورة، والأنوثة، وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار إليه، كما إذا قال: بعتك هذه الشاة على أنها نعجة، فإذا هي كبش.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإيبان: ٩ هذا حكم العقد المصحوب بالغين. وأما إذا حصل غلط في على العقد وكان الشيء
 المعقود عليه مسمعًى ومشارًا إليه فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إما أن يختلف المسمى والمشار إليه جنسًا، أو يتحدا فيه
 ويختلف وصفًا.

فإن كان الأول بأن اختلفا جنتا تعلق العقد بالمسمى، ويطل لانعدام، وذلك لما تقدم من أنه لا بد لتحقق أي عقد من وجود عاقدين ومعقود عليه.

وإن كان الثاني، بأن اتحدا جنسًا ولكن اختلفا وصغًا فإن العقد يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويكون للعاقد الخيار في أخذ المعقود عليه ورده لفوات الوصف المرغوب فيه.

هذا هو ما صرح به محمد حيث قال: « الأصل أن الإشارة مع التسعية إذا اجتمعنا ففي غنلفي الجنس يتعلق بالمسمى ويبطل لانعدام، وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه، وينعقد لوجوده، ويتخبر لفوات الوصف».

وينبني على هذا: أنه لو اشترى إنسان من آخر ثيابًا على أنها حرير وأشار إليها ثم تبين أنها قطن، أو نشأ من الماس وأشار إليه، ثم ظهر أنه زجاج يكون العقد باطلاء لانعدام المعقود عليه وهي النياب التي من حرير، والفص الذي

ولو اشترى بقرة صفراء ليلًا وأشار إليها فإذا هي سوداء مثلًا صح العقد لوجود المعقود عليه، ويكون المشتري حينتذ غيرًا بين إمضاء العقد وفسخه لفوات الوصف المرغوب فيه؛ لأن الرغية تختلف باختلاف الألوان.

والمراد بالجنس عند الفقهاء ما يشمل النوع؛ لأن المراد به عندهم ما يحمل على أفراد كثيرة يتفاوت الغرض منها بخلاف الجنس المنطق، فإنه ما يحمل على كثيرين تختلفين بالحقيقة والعدد، كلفظ حيران، فإنه يشمل الإنسان والفرس؟. لعقود: ماهية العقد وشرائطه 🚤 🚤 \cdots 🚾

ولنا: أنهما جنسان مختلفان في المعنى؛ لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلاقًا فاحشًا فالتحقا بمختلفي الجنس حقيقة، بخلاف النعجة مع الكبش؛ لأنهما انفقا جنسًا ذاتًا ومعنى أما ذاتًا فظاهر؛ لأن اسم الشاة يتناولهما، وأما معنى؛ فلأن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الأكل فتجانسا ذاتًا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار إليه، وهو موجود محلًّ للبيع، فجاز بيعه، ولكن المشتري بالخيار؛ لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللًا في الرضا

الفضِلُالزَابِعُ

في محل العقد وفائدته وقصد شرعيته

 (مادة ٢٠٦): لا بد لكل عقد من محل يضاف إليه يكون قابلًا لحكمه. ويصح أن يكون محا, العقد مألًا عبنًا كان أو دننًا أو منفعةً أو عملًا ١٠٠.

يشترط في محل العقد أن يكون مالاً، فلا ينعقد بيع الحر؛ لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد؛ لأنها حرة من وجه لما روي عن رسول الله فلل أنه قال: • اعتفها ولدها ه^(١) وروي عن هلا أنه قال في أم الولد: • لا تباع ولا توهب يستمتع منها صاحبها حياته فإذا مات فهي حرة ع^(١) نفى فلا جواز بيمها مطلقاً وسماها حرة فلا تكون مالاً على الإطلاق؛ لأن الاستيلاد يوجب سقوط المالية حتى لا تُضمَن بالغصب، والبيع الفاسد والإعتاق، وإنما تضمن بالقتل لا غير؛

وكذا لا يجوز بيع الكلافي أرض معلوكة ، أو العاء الذي في نهره أو في بتره ؛ لأن الكلاو إن كان في أرض معلوكة فهو مباح ، وكذلك العاء ما لم يوجد الإحراز ، قال النبي ﷺ: « العسلمون شركاء في ثلاث ، ⁽¹⁾ ، والشركة العامة هي الإباحة ، وسواء خرج الكلا بعاء السماء من غير مؤنة أو ساق العاء إلى أرض ولحقه مؤنة ؛ لأن سَوقَ العاء إليه ليس بإحراز فلم يوجد سبب العلك فيه فيقي مباحًا كما كان ، وكذا بيع الكمأة ، وبيع صيد لم يوجد في أرضه لا ينعقد ؛ لأنه مباح غير معلوك لانعدام سبب العلك فيه فلا يكون مالًا، وكذا بيع الحطب والحشيش والصبود التي في البراري، والطير الذي لم يُصَدّ في الهواء، والسمك الذي لم يوجد في العاء.

(٣) مصنف ابن أن شبية : ٤/ ٤١٠ برقم (٢١٥٩٦).

 ⁽١) قال الشيخ عمّد زيد الإبياني: • كل عقد من العقود يشترط له عدة شروط، منها: ما هو لازم لانعقاده، ومنها:
 ما هو لازم لصحت، ومنها: ما هو لازم لنفاذه، ومنها: ما هو لازم للزومه.

فمن شروط انعقاد أي عقد أنه يلزم إضافته إلى المعقود عليه، ويقال له: على العقد. ولا بد أن يكون قابلًا لأثر العقد وحكمه الغرّب عليه، حتى يعتبر العقده ويكون دوجوداً عالم إيضف العقد الى على ظايل الأثره يكون بمبرّات المددية الفقد شرط من شروط انعقاده، وكما يصح أن يكون المحل الوارد عليه العقد عينًا من الأعيان القبية كيت مثلًا أو المثلية التي تبت دينًا في الذمة كارجب قمحًا، كذلك يصح أن يرد على عضعة من النافع، كأن يؤجر شخص بيئا لأخر ليسكنه أو أورضًا يؤرعها أو عمل من الأعمال، بأن أجر إسان شخصًا يرعى دوابه أو ليصنع طعامه، أو ليمعل دولايًا لكتبه ملاكر، وسينيز ذلك كله في بصحت اليح والإجارة، مفصلا إن شاء الله.

⁽۲) سنن ابن ماجه : ۲/ ۸٤۱ برقم (۲۰۱۱).

⁽٤) سنن أبي داود : ٣/ ٢٧٨ برقم (٣٤٧٧).

(مادة ٣٠٣): يلزم لصحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كلِّ من البدلين معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه، أو إلى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد، أو ببيان وصفه، مع بيان مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة، ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف⁽⁾.

يشترط أن يكون محل العقد معلومًا وثمته معلومًا علمًا يمنع من المنازعة. فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة بهاه لا تفضي إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولًا جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود العقد، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك؛ فيحصل المقصود. ومن ذلك أنه إذا قال: بعتك شاة من هذا القطيع، أو ثوبًا من هذا اليذلِ فالبيه فاسد؛ لأن الشاة من القطيع والثوب من البذل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة، لتفاحش التفاوت بين شاة وشأة، وثوب وثوب، فيوجب فساد البيع، فإن عين البائع شاة أو ثوبًا وسلمه إليه ورضي به جاز ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة؛ ولأن البياعات للتوسل إلى استيفاء النفوس إلى انقضاء آجالها والتنازع يفضي إلى التفاني فيتناقض؛ ولأن الرضا شرط العقد والرضا لا يتعلق إلى المعلوم.

ويلزم في الإجارة كذلك بيان محل المنفعة حتى لو قال: آجرتك إحدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين، أو قال: استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصبح العقد؛ لأن المعقود عليه مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة فتمنع صحة العقد، وعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا باع نصيبًا له من دار غير مسمى ولا يعرفه المشتري أنه لا يجور لجهالة النصيب، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إذا علم به بعد ذلك، وإن كان عرفه المشتري وقت العقد أو عرفه في المجلس جاز، سواء كان البائع يعرفه، أو لا يعرفه بعد أن صدق المشتري فيما قال، وجواب أبي حنيفة مبنى على أصلين.

أحدهما: أن بيع النصيب لا يجوز عنده، وهو قول محمد، وعند أبي يوسف: جائز.

⁽۱) قال الشيخ محد زيد الإيباني: ٥ من شروط صحة عقد المعاوضات المثالية من الجانبين كالبيع أن يكون كل من البدلين معينًا تعينًا برفع الجمالة الفاحشة، ولا فرق بين أن يكون التعين بالإشارة إليه أو إلى مكانه الحاص به ان كان موجودًا وقت الفقد، وإلا فيكون بيان جنسه وزعه ووصفه وقدره إيضًا إن كان من القدرات، كالكيلات والمؤرونات، أو عدده إن كان من العدديات أو نحو ذلك من كل ما يرفع الجمالة الفاحشة. ولذلك لا يستغنى بذكر الجنس عن النوع، ولا بذكر للنوع عن الوصف، وإنه المترط وفع الجمالة الفاحشة، لأمها تفضى إلى النزاع وكل غير، يفضى إلى يوجب فساد المقد،

والثاني: أن إجارة المشاع غير جائزة عنده، وإن كان المستأجر معلومًا من نصف أو ثلث أو غير ذلك المجهول أولى. وعندهما: إجارة المشاع جائزة، وإنما فرق محمدٌ بين الإجارة والبيع حيث جوَّز إجارة النصيب ولم يجوَّز بيع النصيب؛ لأن الأجرة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابانا، وإنما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة، والنصيب عند الاستفاء معلوم، بخلاف البيع فإن البدل في يجب بنفس العقد، وعند العقد النصيب مجهولٌ. وعلى هذا يُحَرِّق قول أبي حنيفة فيما إذا استأجر من عقار مائة فراع أو استأجر من أرض جريبًا أو جريبين أنه لا يجوز، كما لا يجوز البيع؛ لأن اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي يساوى الذراع من المجهول أولى، وعندهما: الذراع كالسهم، وتجوز إجارة السهم كذا إجارة الذراع، وكذا يتحرِّ جارة السهم كذا إجارة الذراع، وكذا لجهالة محله، إذا الشائع من غير الشريك عند أبي حنيفة أنها لا تجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله، إذ الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما وإنه غير معلوم فأشبه إجارة عبد من عبدين. وعندهما: جائز كيع الشائع، وبه أخذ الشافعي.

والأجرة في الإجارات معتبرة بالثمن في البياعات؛ لأن كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فعم المحتدين معاوضة المال بالمال فعال فلا، فلزم أن تكون الأجرة من الإجارات وما لا فلا، فلزم أن تكون الأجرة مالاً متقومًا معلومًا وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب البيوع. والأصل في شرط العلم بالأجرة لقول النبي 義等: « من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره عنا والعلم بالأجرة لا يحصل إلا بالإشارة والتعيين أو بالبيان.

♦ (مادة ٣٠٤): لا يصبح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محدًّل للعقد المتقدم ذكره إلا في السلم بشرائطه(٢٠).

يلزم أن يكون محل العقد موجودًا فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم كبيع نتاج التناج بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم،

⁽١) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ١٢٠ برقم: (١١٤٣١).

⁽۲) قال الشيخ عمد زيد الإيبان: وكذا بلزم لصحة عقد المعاوضة أن يكون المحل الوارد عليه العقد موجودًا، فلو كان معدومًا فلا يعمح العقد، لأن إمكان التسليم شرط من شروط العقد والمعدوم لا يمكن تسليمه.

وينبني عل ذلك أنه لوباع إنسان بقرة الأخو وهي موجودة صح السيع، بخلاف ما ابراع له الطير حال وجوده في الهزاء أو السمك وهو في اللبحر، فإنه لا يصح. ولكن استشى الفقهام من ذلك السلم اللهي هو بيم عنهن آجل بنعن عاجل إذا كان مستونيًا شرائطه الشرعية. والأصل أن الني ﷺ بن عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخَّص في السلم.

وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضَّرع؛ لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع.

وكذا بيع الثمر، والزرع قبل ظهوره؛ لأنهما معدومان، وإن كان بعد الطلوع جاز، وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يُشترط التركُ، ومن مشايخنا من قال: لا يجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلًا لا ينعقد. واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه " نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها "١١، ولأنه إذا لم يَبْدُ صلاحُها لم تكن منتفعًا بها فلا تكون مالًا فلا يجوز بيعها، وهذا خلاف الرواية، فإن محمدًا ذكر في كتاب الزكاة في باب العُشْر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع، وتركها بأمر البائع حتى أدركت فالعشر على المشترى، ولو لم يُجُزُّ بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشترى، والدليل على جواز بيعه ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: « من باع نخلًا مؤبرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ١٥٠١ جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا، فدل أنها محل البيع كيف ما كان، والمعنى فيه، وهو أنه باع ثمرة موجودة، وهي بعرض أن تصير منتفعًا بها في الثاني، وإن لم يكن منتفعًا بها في الحال فيجوز بيعها كبيع جرو الكلب على أصلنا، وبيع المهر، والجحش، والأرض السبخة، والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل إدراكها بأن باعها ثمرًا وهي بسر، أو باعها عنبًا وهي حصرم. دليل صحة هذا التأويل قوله ﷺ في سياق الحديث: ﴿ أَرَأَيْتِ إِن منع اللَّهِ الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟ ١٥٠٠ ولفظة المنع تقتضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجودًا؛ لأن المنع منع الوجود، وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ، والباذنجان، فيجوز بيع ما ظهر منه، ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء.

وقال مالك: إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيمه؛ لأن فيه ضرورة؟ لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة، بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج.

ولنا: أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع، ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المسترى.

⁽۱) صحيح البخاري : ۲۱/۱۹ه برقم: (۱۱) ۱۱:۱۱). (۲) سنن أي داود : ۲۱۸/۲ برقم: ۳٤۳۳. (۲) صحيح البخاري : ۲۱۸/۲ برقم: (۲۰۹۶).

بمنفعة الست مثلًا.

 (مادة ٢٠٥): يلزم أن يكون في العقد فائدة لعاقديه، وأن يكون مقصودًا شرعًا، وكل عقد لا فائدة فيه للعاقدين فهو فاسد، وكذا العقد الذي قصد به مقصد غير شرعي(١).

يلزم أن يكون العقد مفيدًا فائدة معتبرة شرعًا، ويجرى بها التعامل بين الناس؛ لأنه لا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس؛ فلا يجو ز على سبيل المثال استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها؛ لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر . ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز؛ لأنه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة، وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة. وكذا لو استأجر الأرض التي فيها ذلك الشجر يصب مستأجرًا باستئجار الأرض، ولا يجوز استئجار الشجر.

وقال أبو يوسف: إذا استأجر ثيابًا ليبسطها ببيته ليزين بها ولا يجلس عليها فالإجارة فاسدة؛ لأن بسط الثياب من غير استعمال ليس منفعة مقصودة عادة، وقال عمرو عن محمد في رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها: فلا أجر عليه؛ لأن قود الدابة للتزين لبس بمنفعة مقصودة. ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت، ولا استئجار المسك، والعود وغيرهما من المشمومات للشم؛ لأنه ليس بمنفعة مقصودة ألا ترى أنه لا يعتاد استىفاؤها بعقد الإجارة.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لما كان الشارع حكيمًا لا يحب من العمل إلا ما كان مفيدًا لفاعله، ومقصودًا له قصدًا صحيحًا حتم لصحة أي عقد من عقود المعاوضات أن يترتب على انعقاده فائدة تعود على كلٌّ من العاقدين. وذلك كأن يؤجر شخص لغيره بيتًا؛ فإن هذا العقد مفيد لكل من الطرفين المؤجر ينتفع بالأجرة والمستأجر ينتفع

بخلاف ما إذا كان العقد غير مفيد، كبيع جنيه بمثله، فإنه لا يترتب على هذا العقد فائدة فيكون فاسدًا. وحتم أيضًا أن تكون الفائدة من الفوائد التي يقصدها العقلاء كما تقدم، فلو كانت الفائدة غير مفيدة في نظر العقلاء فلا يكون العقد صححًا أيضًا.

وينبني على ذلك: أنه لو استأجر إنسان دابة لا ليركبها بل ليجنبها حتى يقال: عنده جنيب، أو استأجرت امرأة حليًّا لا لتلبسه، بل لأجل أن تقول الزائرات: عندها حلى عظيم يكون عقد إجارة فاسدًا، لأنه وإن ترتب على ذلك فائدة، إلا أنها لا قيمة لها عند العقلاء، ولا تكون مقصودة شرعًا.

الفَضِلُكَامِسُ

فى أحكام العقود

♦ (مادة ٢٠٦): إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما، ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بتراضيهما في الأحوال التي يجوز فيها فسخها^(١).

منى تم التعاقد مستوقيًا للشروط والأركان كان ميثاقًا وعهدًا بين الطرفين يجب الوفاه به كل فيما تعهد به، ولا يمس اتفاق بين شخصين أو أشخاص شخصًا ثالثًا ليس طرفًا فيه بشخصه أو بعن يمثله كوكيله أو وصيه أو وليه. فما دام الاتفاق ليس خارجًا عن القانون العام وسبيه حلال، وليس فيه أكل أموال الناس بالباطل وجب على القاضي الحكم ببنوده وشروطه بلا تدخل فيه بتعديل أي من أحكامه أو شروطه برجه العموم. فإن كان الاتفاق خارجًا عن القانون العام أو كان ملزمًا لشخص ليس طرفًا فيه لا بشخصه، ولا بعن يمثله أو كان سبيه حرامًا أو كان فيه أكل أموال الناس بالباطل؛ كمن اشترط على بائعه إن لم يسلمه المبيع في وقت معين يكون ملزمًا برد ما أخذه من الثمن ومثله على سبيل التعويض، وكان ما حصل من ضرر تأخير التسليم لا يوازي جزءًا من عشرة من الثمن فلا يجوز القضاء بالتعويض على على المبيع على علاته حسب الشرط؛ لأن المشترط سيأخذه بلا مقابل لا على أنه هدية سمحت به نفس الواهب، بل على أنه حق واجب الأداء، فلا يحل للقاضي الحكم به ولا يعمل لصاحب الشرط أن يأخذه لأنه بلا حقًى.

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العقود جم عقد، وهي تنقسم إلى قسمين:

عقود غير لازمة: كالوكالة والإعارة، وعقود لازمة: كالبيع.

فغير اللازمة لا توجب التزام أحد بموجبها مطلقاً، سواء كان العاقد أو غيره ، واللازمة تتضفي التزام كلَّ من المتعاقدين بأحكامها المترتبة عليها، كتسليم الميع مثلاً على البائع ووجوب تسليم الشعن على الشتري، لأن معنى العقد التمهد والالتزام وقد التزم كلَّ من المافائين لصاحبه بوجبه، ومن التزم بشيء عجب عليه القيام به، ولذلك لا يجوز لأحدهما فضح المقدد من انتقد صحيحا، نافذا، لازماً إلا يرض صاحبه، ولم يضع من عن المتعدد على انتقد صحيحا، نافذا، لازمًا إلا يرض صاحبه، ولم يضع من المتقدد على المتقدد المتعدد على المتعدد على المتعدد على المتعدد على المتعدد على المتعدد على من المتعدد على المتعدد على من المتعدد على من المتعدد على المتعدد على

ويبني على ذلك: أنه لو باع شخص لآخر دابة وسلمها للمشتري أو لم يسلمها ثم ادعى آخر أنها ملكه، وأثبت دعواه بطريق من طرق الحجر الشرعية، تعين على القاضي الحكم له بذلك. 71 ---- العقود: ماهية العقد وشرائطه

ط, فا العقد:

معنى كلمة « طرفا العقد »: هي كل مَنِ اشترك بالفعل وقت تكوين العقد بنفسه أو بمن يمثله قانونًا ، ويدخل في حكم من اشترك في العقد من يتلقى عنه الحق كالورثة والموصى لهم بجزء معين من التركة كالربع مثلاً أو الثلث .

فإن تعاقد شخص على مشتري أرض مثلاً بثمن مؤجل على سنين معلومة كل سنة كذا، ثم مات قبل مضي المدة، وبقي عليه شيء من المقسط من الثمن فعلى ورثته دفع ذلك. فإن كان قد أوصى بثلث تركته لزيد مثلاً، فلا يأخذ الموصى له ثلث التركة إلا إذا دفع ما خص اللث من دين المتوفى إن كان الدين حالًا، فإن كان مؤجلًا لزمه كذلك. فإن لم يدفع الورثة أو الموصى له الدين الذي على التركة بيعت التركة وسدد الدين. فإن بقي لهم شيء كان تك^{در)}.

 (مادة ۲۰۷): عقد المعاوضة من الجانبين الوارد على الأعيان المالية إذا وقع مستوفيًا شرائط الصحة يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه والتزام كل منهما بنسليم ملكه المعقود عليه للآخر?".

عقد المعاوضة، يقتضي ثبوت الملك في العوضين؛ فالبيع على سبيل المثال يوجب انتقال المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع، وعلى كلَّ منهما أن يسلم ما بيده لصاحبه. والإجارة كذلك إن لم ينص على اشتراط تعجيل الأجرة أو تأجيلها، فإذا كانت الإجارة مطلقة بدون اشتراط تأجيل أو تعجيل، وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو؛ فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد، فيشت الملك للمواجر في الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة، وهذا قول الأحناف. وقال الشافعي: حكم الإجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل. وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعند الأحناف. يشت شيئًا فشيئًا على حسب حدوث محله، وهو المنفعة؛ لأنها تحدث شيئًا فشيئًا، وعناه تجمل المدة موجودة تقديرًا كأنها أعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال، وعلى هذا ينى

⁽١) المقارنات التشريعية، سيد عبد اللَّه حسين: ج٢.

⁽٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: عقد المعاوضة من جانب كل واحد من المتعاقدين إما أن يكون واردًا على الأعيان المالية، وإما أن يكون واردًا على منافعها.

فإن كان واردًا على نفس الأعيان وانعقد مستوقيًا شرائط الصحة يوجب ثبوت الملك لكل واحد منهها في بدل ملكه والنزامه بنسليم ملكه المعقود عليه لصاحبه كها تقدم.

أن الأجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا، وعنده تملك.

وجه قوله: أن الإجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة، والمعاوضة المطلقة تقتضي البرت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع، إلا أن الملك لا بدله من محل تثبت فيه منافع المعدوم المعاوضة في الحال حقيقة، فتجعل موجودة حكمًا تصحيحًا للعقد، وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودًا تقديرًا عند تحقق الحاجة والضرورة، ولنا: أن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر؛ إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة؛ لأنه لا يقابله عوض؛ ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين، وهو منافع المدة؛ لأنها معلومة حقيقة فلا تثبت الأجراء في الحال تحقيقًا للمعاوضة المطلقة وكان أبر حنيفة يقول الأجراء العوضين، وهو منافع المدة؛ يقول أو لاً: إن الأجرة لا تجب إلا بعد مضي المدة مثل استنجار الأرض سنة أو عشر سنين، وهو قول زفر، ثم رجع فقال: تجب يومًا فيرمًا.

وفي الإجارة على المساقة مثل: إن استأجر بعيرًا إلى مكة ذاهبًا وجائيًا كان قوله الأول: إنه لا يلزمه تسليم الأجر حتى يعود، وهو قول زفر، ثم رجع وقال: يسلم حالًا فحالًا، وذكر الكرخي أنه يسلم أجرة كل مرحلة إذا انتهى إليها، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وجه قول أبي حنيفة الأول: أن منافع المدة أو المسافة من حيث إنها معقود عليها شيء واحل، فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها، كمن استأجر خياطًا يخيط ثوبًا فخاط بعضه أنه لا يستحق الأجرة حتى يفرغ منه، وكذا القصار، والصباغ.

وجه قوله الثاني: وهو المشهور: أنه ملك البدل وهو المنفعة، وأنها تحدث شيئًا فشيئًا على حسب حدوث الزمان فيملكها شيئًا فشيئًا على حسب حدوثها، فكذا ما يقابلها، فكان ينبغي أن يجب عليه تسليم الأجرة ساعةً فساعة، إلا أن ذلك متعنر فاستحسن، فقال: يومًا فيومًا ومرحلة فمرحلة؛ لأنه لا يعذر فيه. وروي عن أبي يوسف فيمن استأجر بعيرًا إلى مكة: أنه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الأجر بحسابه استحسانًا، وذكر الكرخي: أن هذا قول أبي يوسف الأخير، ووجهه: أن السير إلى ثلث الطريق أو نصفه منفعة مقصودة في الجملة، فإذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله، وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجر أو وهبه له أو تصدق به عليه أن ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف الأخير عينًا كان الأجر أو دينًا.

والأمر بوجه العموم أن العقد تترتب عليه أحكامه بمجرد انعقاده صحيحًا دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات شكلية من إشهاد أو توثيق أو كتابة، أو ما إلى ذلك مما عرفته قوانين عديدة، فالمناط هو الرضا والتعبير عنه ممن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإنشاء العقود.

 (عادة ۲۰۸): عقد المعاوضة من الجانبين إذا وقع على منافع الأعيان المالية مستوقيًا شرائط الصحة والنفاذ يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة لصاحب العين(١٠٠).

يترتب على عقد المعاوضة الوارد على منافع الأموال أحكام عديدة تتفرع على التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة، وهو الأجرة الصاحب العين، والخلاف بين الفقهاء في تحديد سبب انتقال الأجرة للمؤجر، فيملكها عند الشافعي بالعقد، وعند الأحناف بالتعجيل بدفعها وتسليمها للمتصرف في العين أو باشتراط التعجيل في العقد أو باستيفاء المنفعة، وقد سبق التعرض لهذا الخلاف لمؤذ نعده.

(مادة ۲۰۹): عقد التبرع بالهبة بلا عوض لا يتم بعد انعقاده صحيحًا، ولا يلزم المتبرع
 حكمه إلا بتسليم المين الموهوبة للموهوب له وقبضها قبضًا تامًا.

ومثله عقد الهبة بشرط العوض فإنه لا يتم إلا بقبض العوضين (٢).

تمام الهبة بالقبض أي: أن يكون الموهوب مقبوضًا من الموهوب له. والكلام في اشتراط القبض في موضعين: في بيان أصل القبض أنه شرط أم لا؟ وفي بيان شرائط صحة اللبض.

(١) قال الشيخ عمد زيد الإياني: إن كان العقد واردًا على منافع الأعيان ورقع مستوثيّا شرائط اللزوم وجب على صاحب العين التي ورد العقد على منفضها أو نائب أن يسلمها لم يد الانتفاع بمقضى المقد. وكذا يلزم المنفع وهو المستأجر تسليم ما وجب عليه من الأجرة التي علي بدل المفعد قصاحب العين أو أن هو نائب عنه، فإن شرط تعجيل الأجرة لزئت بمجرد العقد، بمتفنى الشرط. وإن لم يشترط ذلك لزئت بعد الانتفاع، وذلك يختلف باختلاف العين المستأجرة وعرف الشافلين. وسيئن ذلك مفصلاً في بجدت الإجارة إن شام الدين المستأجرة وعرف

(٢) قال الشيخ عمد زيد الإيبان: تقدم حكم عقد المعاوضة. وأما عقد التبرع الوارد على العين بهية فلا يفيد الملك في العين الموهرية إلا بعد انعقاده مستوقيًا جيع شرائط الصحة والنفاذ واللزوم وسلمت العين الموهوبة للموهوب له وفيضها قيضًا كاملًا، بأن تكون مفرزة عيزة على حدتها غير مشغولة بملك الواهب؛ لأنها عقد ضعيف لعدم البدل، فيحتاج في إفادته الملك إلى القيض، ولذا قال على الصلاة والسلام: لا يحوز المية إلا مقوضة». وهذا هو رأي أي حنيفة.

وقال مالك: لا يترقف الملك في الهبة على القبض. وهذا الخلاف في الهبة بغير عوض. وأما الهبة بعوض، فقال أبو حنيفة: هي هبة "بتدائه بيم" انتهاءً.

وقال مالك والشافعي وبعض الحنفية: إنها بيع ابتداء وانتهاء فتأخذ حكمه.

أما الأول: فمذهب عامة العلماء أنه شرط، وأن الموهوب قبل القيض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء. وقال مالك: ليس بشرط، ويملكه الموهوب له من غير قبض؛ لأن الهبة عقد تبرع بتمليك العين، فيفيد الملك قبل القبض كالوصية.

ولعامة العلماء إجماع الصحابة - رضي اللَّه عنهم -، وهو ما روينا: أن أبا بكر وعمر اعتبرا القسمة والقبض لجواز الهية بحضرة الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكرٌ فيكون إجماعًا، وروي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن عباس - رضي اللَّه عنهم - أنهم قالوا: لا تجوز الهية إلا مقبوضة محوزة، ولم يرد عن غيرهم خلافه، ولأنها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان، وهذا تغيير المشروع، بخلاف الوصية؛ لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها؛ إذ لا مطالبة قِبَلَ العتبرع وهو الموصي لأنه ميت. وكذلك القبض شرط انتقال الملك في الصدقة، لا عند عامة العلماء. وقال ابن أبي ليلي وغيره من أهل الكوفة: ليس بشرط، وتجوز الصدقة إذا أعلمت وإن لم تقبض ولا تجوز الهية إلا مقبوضة. واحتجوا بما روي عن عمر وعلي أنهما قالا: إذا أعلمت الصدقة جازت من غير شرط القبض.

ولنا ما روي عن أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل أنهم قالوا: لا تتم الصدقة إلا بالقبض، ولأن التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة. وما روي عن عمر وعلي محمول على صدقة الأب على ابنه الصغير، وبه نقول توفيقًا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض.

والثاني شرائط صحة القبض في باب السع، حتى لو قبض المشتري من غير إذن المالك، لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب السع، حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائم قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاستر داد فلأن يكون في الهبة أولى؛ لأن السع يصح بدون القبض، والهبة لا صحة لها بدون القبض. فلما كان الإذن بالقبض شرطًا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطًا فيما يتوقف صحته على القبض أولى؛ ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن، وإن لم يكن ركنًا على الحقيقة فيشبه القبول في باب البيع، ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضًا. والإذن نوعان: صريح ودلالة. أما الصريح فنحو أن يقول: اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى، فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحسانًا. والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس، وهو قول زفر؛ لأن القبض عنده ركن بعنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس، كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان بإذن الواهب كالقبول في باب البيع.

وأما الدلالة: فهي أن يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحسانا. والقياس أن لا يجوز، كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر. ولو قبض المشتري المبيع بيمًا جائزًا بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يجز قبضه قياسًا واستحسانًا حتى كان له أن يسترده.

ولو وهب شبتًا متصلًا بغيره مما لا تقع عليه الهية الالشعر المعلق على الشجر دون الشجر الشجر الشجر الشجر الشجر الشجر الشجر دون الشجر دون الأرض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الفتم وغير ذلك مما لا جواز للهية فيه إلا بالفصل والقبض بفصل وقبض، فإن قبض بغير إذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته، ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للإذن الثابت دلالة الإيجاب، ولم يوجد مهنا؛ لأن الإيجاب لم يقع صحيحًا حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الإذن بالقبض. وإن قبض بإذنه يجوز استحسانًا والقباس أن لا يجوز، وهو قول زفر بناء على أن العقد إذا وقع فاسدًا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزًا. وعندنا: يحتمل الجواز بإسقاط المفسد مقصورًا على الحال أو من حين وجود العقد. وكذلك إذا وهب دينًا له على إنسان لأخر، أنه إن قبض الموهوب له بإذن الواهب صربحًا جاز قبضه استحسانًا فرق العين والدين.

ووجه الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالإذن لكون الإيجاب فيها دلالة الإذن بالقبض، لكون دلالة قصده تمليك ما قد ملكه من الموهوب له. وإيجاب الهبة في الدين لغير مَنْ عليه الدين لا تصح دلالة الإذن إلا بقبضه؛ لأن دلالته بواسطة دلالة قصد النميك وتمليك الدين من غير مَنْ عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض؛ لأنه إذا أذن له بالقبض صريحًا قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضًا للواهب أوًلاً، ويصير المقبوض ملكًا له أولًا ثم يصير قابضًا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على على هذا التقدير الذي ذكرنا واهبًا ملك نفسه، والموهوب له قابضًا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض، وإذا لم يصرح بالإذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك مَنْ عليه، فلم تصح الهبة فلا يجوز قبض الموهوب له، فهو الفرق بين الفصلين. ومنها: أن لا يكون الموهوب مشغولًا بما ليس بموهوب؛ لأن معنى القبض وهو التمكن من التصوف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب دارًا فيها متاع الواهب

وسلم الدار إليه، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز؛ لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد.

ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغًا جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال المقد؛
لأن المانم من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع، ولو وهب ما فيها من المتاع دون
الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة؛ لأن المتاع لا يكون مشغولًا بالدار، والدار تكون
مشغولة بالمتاع لهذا افترة، فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار، ولو جمع في الهبة
بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوههما جبيمًا مفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة
فيهما جميمًا؛ لأن التسليم قد صح فيهما جميمًا، فإن فرق بينهما في الهبة بأن وهب أحدهما
ثم وهب الآخر، فهذا لا يخلو إما إن جمع بينهما في التسليم وإما إن فرق. فإن جمع جازت
الهبة فيهما جميمًا وإن فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك،
وروعي فيه الترتيب إن قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز؛ لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح
تسليمه، ولو قدم هبة المتاع فلأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه، ولو قدم هبة المتاع
جازت الهبة فيهما جميمًا، أما في المتاع فلأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه، ولو قدم هبة الدار
المتاع وحدت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض.

وعلى هذا الأصل أيضًا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها، أو حيوانًا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز؛ لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وإنها غير جائز؛ لأنه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولًا بغيره يمنع صحة القبض. ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الأم يجوز.

(مادة ٢١٠): إذا انعقد العقد موقوفًا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليًا تصرف في ملك غيره
بلا إذنه، أو كان العاقد صبيًّا معيزًا فلا يظهر أثره، ولا يفيد ثبوت العلك، إلا إذا أجاز العالك
في الصورة الأولى، والولي أو الوصي في الصورة الثانية، ووقعت الإجازة مستوفية شرائط
الصحة (١٠).

تعريف الفضولي: الفضولي كما جاء في المادة (١١٢) من المجلة العدلية هو « من يتصرف

⁽۱) قال الشيخ عمد زيد الإياني: ظهر لك عا ذكر في هذه المادة أحكام العقود النافئة اللازمة. وأما إذا كان العقد موقوفًا فإن كان العاقد فضرفيًّا غير مالك لما يعقد عليه ولا نائيًا عنه، بل تصرف فيه بدون إذن من له حق التصرف، أو كان العاقد صبيًّا عيرًا غير مأفون له أو محتومًا كذلك فلا يترتب عليه أثره، ولا يفيد ثبوت الملك بمجرد حصول العقد، بل يتوقف على إذن المالك أو وكيله في حالة ما إذا كان البائع فضوئيًّا، وعلى إذن الولي أو الوصي فيها إذا كان المتصرف صبيًّا عيرًّا ا

بحق الغير بدون إذن شرعي »، وذلك كأن يبيع مال غيره أو يشتري للغير دون توكيل أو نيابة، وكأن ينفق نفقة ضرورية عاجلة على حيوانات الغير إذا غاب مالكها. وكذا لو وهب واحد مال غيره بلا إذنه لم تنفذ الهبة، ولكن لو أجازها صاحب المال تنفذ.

وقد جاء في المادة (١٨٨٨) من القانون المدني المصري تعريف الفضالة بأنها هي: ﴿ أَن يَتُولَى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزمًا بذلك ﴾ .

ويتفق التعريفان الفقهي والقانوني في أن الفضولي يعمل دون توكيل أو ولاية في ملك الغير، وأنه يعمل لحساب هذا الغير، فإن كان عمله لنفسه عُدَّ غاصبًا بذلك. وإنما يفترق التعريفان في أن الفضولي في القانون هو مَنْ يقوم بحاجة ضرورية عاجلة للمتفضل عليه فيرجع عليه بما أنفق من ماله، أما الفضولي في الفقه فهو مَنْ يتصرف في ملك الغير دون توكيل أو نبابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة.

محل الفضالة في الفقه الإسلامي:

محل نطاق الفضالة عند من يجيزونها هو:

 التصرف القولي، فيشمل التصرف بالبيع والشراء والإجازة، كما يشمل التصرف بالتبرع بالهبة والوقف والوصية، ويصع التصرف بالفضالة عند من يجيزونها في الأحوال

أو معتوهًا.

و لا بد أن تكون الإجازة معتبرة شرعًا بأن تقع مستوفية شرائطها المتقدمة في شرح المادة (١٧٧) والقائل بصحة عقد الفضول؛ هم الأثمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك وأحمد.

وقال الشافعي، لا ينعقد مقد القضولي لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية الأمها إما أن تكود بالملك أو بإذن من له الملك وقد نفدا و لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية فصار كييم المدرم، وقد نبى عه رسول الله ﷺ بقوله لحكيم بن حزام: الا لابع ماليس عندك 6. سنن الترمذي (كتاب: البيرع عن رسول الله، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (۱۳۲۳)، وسنن النسائي (كتاب: البيرع، باب: بيع ما ليس عند البائع. (113)، وسنن أبي داود (كتاب: البيرع، باب: في الرجل بيع ما ليس عند/ ۲۵۰۳)، وسنن ابن ماجه (كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندل (۲۵۱۷).

وفيه أن هذا لا يصلح دليلًا؛ لأن الغرض من الحديث النهي عن بيع ما ليس موجودًا عند الإنسان طممًا في أن يشتريه ويسلمه للمشتري لأنه قد يعجز عن الحصول عليه فيحصل النزاع.

 الشخصية من زواج وطلاق وخلع.

التصرف الفعلي، كأن ينفق الفضولي على مال الغير بدون إذنه، أو يصلح حائطه
 الأيل للسقوط أو أن يسترد للغير ما ضاع منه أو يعلف حيواناته له.

حكم الفضالة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في النظر إلى الفضالة والحكم عليها اختلافًا بعيد المدى، ويمكن تقسيم آراء هؤلاء الفقهاء إلى الاتجاهين التاليين:

١ - الاتجاه القاضي ببطلان تصرفات الفضولي، وهو مذهب عدد من فقهاه المالكية والراجح في المذهب الشافعي وأكثر الحنابلة، والظاهرية. دليل أصحاب هذا الرأي: أن الفضولي يتصرف في ملك الغير دون إذن منه أو ولاية عليه فلم يصح.

٢ - الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة الأصيل، فإن أجازه نفذ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وإن لم يجزه بطل. ومقتضى القول بالتوقف الاعتراف بالوجود القانوني لعقد الفضولي، ولكن لا تترتب آثاره عليه إلا بعد صدور الإجازة.

جاء في البدائع: « تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة المقد منعقدة موقوقة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها فإن أجازه ينفذ وإلا فيبطل ". ويستدل لذلك بما جاء في عمومات البيع والتجارة من مثل قوله تعالى: ﴿ وَاَلَمْ النَّهَ الْبَيْكِ اللَّهِ التجارة من مثل قوله تعالى: ﴿ وَاَلَمْ النَّهُ النَّهِ اللَّهِ اللَّهُ الللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ ال

ويستند أصحاب هذا الانجاء إلى ما روي عن حكيم بن حزام أن رسول الل ﷺ بعث معه بدينار بشتري له أضحية فاشتر اها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى أضحية بدينار وجاء بهما إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته (() ومعلوم أنه لم يكن حكيم مأمورًا ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه لأن الباطل ينكر.

⁽١) سنن البيهقي الكبري: ٦/ ١١٢ برقم: ١٢٥٨.

أحكام الفضالة والآثار المترتبة عليها:

بناء على الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، وهو الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الشأن، فإن الفضالة تترتب عليها الأحكام التالية:

١ - تعاقد الفضولي غير لازم لا في حق صاحب الشأن ولا في حق الفضولي نفسه، ولا في حق الفضولي نفسه، ولا في حق من تعاقد معه. أما ثبوت حق الفسخ للمالك فلكي لا يدخل في ملكه أو يخرج منه دون رضاه. وأما ثبوت هذا الحق للفضولي نفسه فلأنه سيصير وكيلًا بعد إجازة المالك، وتلزمه حقوق العقد فيجوز له الخروج من هذه المسؤولية، ولا يلزم هذا العقد في عقد الفضولي هو الوقف، ولا يصير إلى اللزوم إلا بعد إجازة صاحب الشأن.

ومذهب المالكية أن عقد الفضولي موقوف في حق المالك وحده دون مَنْ ألزم نفسه به ووافق عليه من الفضولي والمتعاقد الآخر.

٢ - إذا صدرت الإجازة من صاحب الشأن انعقد العقد من تاريخ إنشائه لا من وقت صدور الإجازة بالنسبة للعقود المنجزة التي لا تقبل التعليق كالبيع والإجازة؛ وذلك لأنه بصدور الإجازة وللاحقة كالإذن السابق، بصدور الإجازة قد صار الفضولي أشبه بالوكيل بحكم أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، فيسري العقد من حين إنشائه بعبارة الفضولي.

أما بالنسبة للعقود التي تقبل التعليق كالكفالة والوكالة والإعارة فلا يسري العقد إلا من وقت الإجازة؛ لأن سريانه معلق علم حدوث الإجازة.

ويظهر أثر هذا التفريق في معرفة حكم نماه محل التصرف وزيادته؛ حيث ينتقل ما يحدث من النماء والزيادة في الفترة التي تعقب إنشاء العقد وقبل صدور الإجازة إلى المشتري والمستأجر.

٣ - إذا هلك محل التصرف في يد الفضولي قبل الإجازة انتهى العقد ووجب عليه ضمان قيمته إلا إذا كان الهلاك بسبب لا يدله فيه ولا يمكن تحرزه عنه، وأما إذا هلك في يد من انتقل إليه بحكم العقد قبل الإجازة للنظر إليه أو تجريبه فإن مالك محل التصرف يخير بين تضمين من هلك في يده وبين تضمين الفضولي، ويرجع الفضولي على من هلك في يده، وإنما يكون الضمان بالقيمة لا بالثمن لأن العقد لم يتم لعدم صدور الإجازة ويبطل.

الإجازة وأحكامها:

الإجازة تصرف انفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني أو مادي

موقوف النفاذ في حقه فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حالً حسب طبيعة التصرف.

وتختلف الإجازة عن الإذن من حيث إن الإجازة هيّ الرضا بالتصرف بعد وقوعه، أما الإذن فهو الرضا بالتصرف قبل وقوعه.

وتتحقق الإجازة بكل ما يدل على الرضا بالتصرف، سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة أو الفعل والمعاطاة على التفصيل المتعلق بطرق التعبير عن الإرادة.

شروط صحة الإجازة:

لا تصح الإجازة لتصرف الفضولي إلا باجتماع الشروط التالية:

١ – صدور الإجازة معن يملك التصرف عند إنشاء العقد أو معن ينوب عنه في ذلك. وعلى هذا فإنه لا تصح إجازة مَنْ لا يملك التصرف الذي يجيزه، فلو أن أحدًا تبرع بمال الصغير لم يكن للولي الحقَّ في إجازته؛ لأن هذا التصرف ليس له مجيز عند إنشائه، إذ يعتبر التبرع من التصرفات الضارة بالصغير، ولا يملك وليه إجازته كما لا يملك الصبي نفسه هذا الحق. ولم يلغ الصبي راشدًا لم يكن له حق إجازة هذا التبرع؛ لأنه لم يكن يملك هذا الحق عند إنشاء المقد.

حسدور الإجازة ومحل العقد قائم لم يهلك؛ لأن الإجازة تتعلق به، ويبطل العقد بهلاك
 المعقود عليه، فلا تلحقه الإجازة إذا كان هلك؛ لأنه لا فائدة من الحكم بانعقاد العقد.

صدور الإجازة في حال حياة الفضولي في العقود التي ترجع حقوقها إليه كالبيع
 والإجازة، لأن عمله لا ينتهي بإصدار عبارته، ويستمر عمله بعد الإجازة بقيامه على حقوق
 مثل هذه العقود.

أما العقود التي لا ترجع حقوق العقد فيها إلى الفضولي كالزواج فلا يشترط فيها هذا الشرط لأن عمله ينتهي بصدور عبارته وترجع حقوق العقد وأحكامه إلى الأصيل بمجرد إجازة تصرف الفضولي.

ومن هذا كله يتضبح أن الفقه الإسلامي قد خطا بمبحث النيابة في التعاقد خطوات واسعة سبق بها الزمانُ، على حد تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي سلف''.

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج: ص ١١٥ - ١٢٠.

(مادة ٣١١): العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا والمشروع ذاتًا ووصفًا والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرًا من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون مقرونًا بشرط من الشروط المفسدة للمقدن.

العقد الصحيح:

هو العقد الذي رتب الشارع أحكامه عليه، لاجتماع أركانه وشروطه. وركن العقد هو الصيغة وحدها (الإيجاب والقبول) عند الأحناف، على خلاف الجمهور الذي يعتبر العاقدين والمحل من أركان العقد، كما تقدم.

وإنما يكون العقد صحيحًا بتطابق الإيجاب والقبول وصدورهما في مجلس واحد واتصال القبول بالإيجاب. ويشترط في العاقد أن يكون مميزًا عاقلًا بالفًا. كما يشترط في محل العقد أن يكون موجودًا معينًا قابلًا للتعامل فيه شرعًا ومقدور التسليم.

وحكم العقد الصحيح:

هو ترتيب آثاره عليه في الحال إن كان نافذًا، أو بعد زوال سبب الوقف إن كان موقوفًا. وينقسم العقد الصحيح إلى نافذ أو موقوف:

أما العقد الصحيح النافذ فهو الذي عقده من له ولاية عقده ولا يتعلق بالمحل حق للغير. أما العقد الموجوب فلا يعقده من له هذه الولاية (الأصلية أو النبايية) وتترتب عليه آثاره بإذن صاحب الشأن. وأسباب توقف العقد وتعليق النفاذ على هذا الإذن عديدة من بينها أن يكون العاقد فضولياً أو مولى عليه كعقد الصغير المميز قبل الإذن له؛ فإنه ينعقد موقوفاً على إذن وليه. ومن أسباب وقف العقد كفلك أن يتعلق بالمعقود عليه حق للغير، كبيع الراهن الرهن (أو المؤجر المأجور على قول) فينعقد العقد صحيحًا موقوفًا على إذن المرتهن والمستأجر، منمًا للإضرار بحقوقهما، ومنه تبرع العريض مرض الموت بأكثر من ثلث تركته

⁽۱) قال الشيخ محمد زيد الإيباني: والعقد من حيث وصفه ينقسم إلى أربعة أقسام: موقوف وقد تقدم وصحيح وفاصد. وياطل، فالعقد الصحيح الذي يرتب عليه أثر ما بمتفاده هر ما كان مشررعًا بذاته ووصفه بمعنى آنم لم يطرأ علم يخطل في ركم ولا في وصفه، وتوضيحه أنه هو العقد الذي يكون ركه – وهو: الإيجاب والقبول – صائرًا من أهله مضافًا إلى علم القابل لحكمه وتكون أوصاف صحيحة سالة من الخلل وأن لا يكون العقد مقرونًا يشرط من الشروط المفسدة. لللغفة.

والشرط الفاسد هو الذي لا يقتضيه المقد ولا يؤكد موجبه وقيه منفعة لأحد الشعاقدين أو لأجنبي أو لمبيع هو من أهل الاستحقاق ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع بجواز وصيين معنى ذلك فى شرح المادة (۲۲۷).

فإن تبرعه صحيح موقوف على إذن الورثة.

والعقد الموقوف قبل الإجازة كالباطل، لا يترتب عليه أثره، وبعد الإجازة صحيح تترتب عليه الأحكام الشرعية جميعها.

وينقسم العقد الصحيح كذلك إلى لازم وغير لازم. واللازم: هو الذي لا حق لائي من الماقدين أو غير هم الذي لا حق لائي من العاقدين أو غير هما في نقضه وفسخه. أما غير اللازم: فهو الذي يثبت فيه الخيار الوفسخه. وتثبت الخيارات في نقض العقد بالاتفاق عليه أو بنص الشارع. وتتنوع الخيارات المنقق عليها لدى جمهور الفقهاء، ومن بينها خيار الشرط وخيار الميب وخيار الرؤية وخيار المرفح وخيار التعيين.

وبهذا فإن العقد الصحيح ينقسم إلى الأقسام التالية:

١ - العقد الصحيح النافذ اللازم.

٢ - العقد الصحيح النافذ الغير اللازم.

٣ - العقد الصحيح الموقوف.

العقد الغير الصحيح:

أما العقد الغير الصحيح فهو العقد الباطل عند جمهور الفقهاء، وهو الذي عراه الخلل في ركن من أركانه (الإيجاب - القبول - العاقد - المحل) أو اتصل به وصف نهى عنه الشارع، كالربا أو الغرر. ولذا فإن عدم تطابق الإيجاب مع القبول أو صدورَهُمًا مِنْ غير أهلٍ أو ورودَهُما على محلٍ غيرِ قابل للتعامل شرعًا مما يوجب بطلان العقد.

ولا فرق في البطلان عند الجمهور بين ورود الخلل في ركن من أركان العقد أو في شرط من شروط صحته، وسواء ورد الخلل في أصل أو وصف، فإن العقد لا يكون صحيحًا وينعت بالبطلان.

أما الأحناف فيفرقون بين الخلل الوارد في ركن العقد أو في شرط من شروط هذا الركن وبين الخلل الوارد في وصف منهي عنه؛ فالعقد الباطل عندهم هو ما ورد الخلل في أيًّ من الأصول التالية:

١ - تطابق الإيجاب والقبول.

٢ - اتحاد مجلس العقد.

٣ - تعدد العاقد.

- ٤ العقل والتمييز.
- ٥ كون المحل مقدور التسليم.
- ٦ كون المحل معينًا أو قابلًا للتعيين.
- ٧ صلاحية المحلّ للتعامل فيه بكونه مالًا متقومًا مملوكًا.

أما العقد الفاسد فهو ما لم يرد الخلل في أصل من هذه الأصول السابقة، وإنما ورد في وصف يلتحق بهذه الأصول. والأسباب التي تجعل العقد فاسدًا عند الأحناف خمسة:

- ١ الإكراه.
 - ٢ الغرر.
 - ۳ الربا.
- ٤ شرط فاسد مقترن بالعقد.
 - ٥ التسليم موجب للضرر.

ومع ذلك فإن الباطل والفاسد في الزواج والعبادات بمعنى واحد، ويستخدم كل منهما أحيانًا في مكان الآخر في غير ذلك.

تدرج العقد من البطلان إلى الصحة في الفقه الإسلامي:

ينقسم العقد في الفقه القانوني تقسيمًا، طرفاه العقدُ الصحيحُ والعقد الباطل (أو الباطل بطلانًا مطلقًا) يتوسطهما ما يعرف بالعقد القابل للإيطال أو العقد الباطل بطلانًا نسبيًّا. أما الفقه الإسلامي فيتدرج في مراتب الصحة والبطلان تدرجًا أوسع من التدرج القانوني، فنراه يقسم العقد إلى:

- ١ صحيح نافذ لازم.
- ٢ صحيح نافذ غير لازم.
- ٣ صحيح غير نافذ أو موقوف.
 - ٤ العقد الفاسد.
 - ٥ العقد الباطل.

وإذا حاولنا تنزيل التدرج الفقهي على التقسيم القانوني فإنه يمكن القول بأن طرفي التدرج في الفقه هو العقد الصحيح النافذ اللازم والعقد الباطل، وبينهما كلَّ من العقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد الغير اللازم. وتفيد هذه المقارنة في إدراك البعلاحظة التي جاءت في المذكرة التوضيحية للقانون المدنى الأردني والتي ورد فيها:

- « ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي عنها في القانون من حيث:
- هذا التدرج المحكم في مراتب البطلان، فين عقد باطل إلى عقد فاسد إلى عقد
 موقوف إلى عقد غير لازم، في حين أنه لا يوجد في القانون إلا العقد الصحيح والعقد
 الباطل. أما العقد القابل للإبطال فهو صحيح حتى يبطل.
 - في ابتداع فكرة العقد الفاسد، وهو ما لا مقابل له في القانون.
- في التصوير الفني للعقد الموقوف، وهو أرقى في الصياغة الفنية مما يقابله في القانون من العقد القابل للإيطال.
- في التدرج الدقيق في أثر الخيارات: مِنْ منع انعقاد المقد في حق الحكم في خيار الشرط إلى منع تمامه في خيار الشرق إلى منع لزومه في خيار الميب. وهي في ذلك تلبس كل حالة الثوب الذي يلائمها، فتارة يكون الرجوع في العقد بإرادة منفردة، وطورًا يكون بالتراضي أو بالتقاضي، وطورًا يجوز الإسقاط مقصودًا وطورًا لا يجوز، وتارة ينتقل الخيار بالميراث وطورًا لا ينتقل ».
- ومع ذلك فقد استبعد القانون العراقي والسوري والمصري الأخذ بفكرة العقد الفاسد، وسوَّت هذه القوانين بين باطل العقد وفاسده، مخالِفَةُ المذهبَ الحنفيَّ وآخذةً برأي الجمهور. لكن يتميز القانون العراقي عن نظيريه المصري والسوري في الأخذ بفكرة العقد الموقوف لاحتلال هذه المرتبة المتوسطة بين العقد الصحيح وبين العقد الباطل بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال.

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال من جهة أن العقد القابل للإبطال ينشأ صحبحًا منتجًا الآثاره إلى أن يطلب صاحب المصلحة الحكم بإبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فينتقل إلى الصحة بصورة نهائية. أما العقد الموقوف فينشأ صحيحًا، لكنه لا ينتج آثاره، بل تظل هذه الآثار موقوفة إلى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فيصح.

« ومن ثم فإن فكرة المقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال في أن العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب إبطاله، وذلك لملافاة التعقيدات التى تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه ».

وقد أخذ القانون المدنى الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية

٦٢٦ ----- العقود: ماهية العقد وشرائطه

الصادر عام (١٩٨٥ م) بفكرة العقد الفاسد المستمدة من المذهب الحنفي والزيدي، فكمل الأخذ في هذين القانونين بمراتب تدرج البطلان المعروفة في الفقه الإسلامي.

وفيما يلي بحث هذه المراتب والوقوف عند كلِّ من العقد الباطل والفاسد والموقوف وغير اللازم'''.

● (مادة ٣١٣): العقد الفاسد هو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه أي أنه يكون صحيحًا باعتبار أصله لا خلل في ركنه ولا في محله، فاسدًا باعتبار بعض أوصافه الخارجة، بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولًا جهالة فاحشة، أو يكون العقد خاليًا عن الفائدة، أو يكون مقروفًا بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد. والعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود علمه الا نقضه درضا صاحه (").

في القاموس: فسد كنصر وقعد وكرم فسادًا وفسودًا ضد صلح فهو فاسد وفسيد من فَسُدَى ولم يسمع انفسد.

ونقل في الفتح: أنه يقال للحم الذي لا يتنفع به لدود ونحوه: بطل، وإذا أتنن وهو بحيث يتنفع به: فسد اللحم، وفيه مناسبة للمعنى الشرعي، وهو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه، يتنفع من مشروعية أصله كونه مالًا متقومًا لا جوازه وصحته؛ لأن فساده يمنع صحته، أو أطلقو المشروعية عليه نظرًا إلى أنه لو خلاعن الوصف لكان مشروعًا.

العقد الفاسد تعريفه: تقدم تعريف العقد الفاسد عند الأحناف بأنه ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، أي أنه صدر ممن هو أهل لإنشائه بصيغة سلمت من الخلل، والمحل قابل لحكم العقد، غير أنه قد إتصل به وصف ينهي الشارع عنه.

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ١٥١ - ١٥٦.

⁽٣) قال الشيخ عمد زيد الإيباني: العقد الفاسد هو: ما كان مشروعًا بإصله دون وصفه، بمعنى أنه لم يطراً علم ما يوجب بطلاته، بل قد استوق شرائط انتقاده ولكنه فقد شرطًا من شروط صحت بأن كان أحد البدلين مجهو لا جهالة فاحشه، بأن لم يعلم جنب أو وصفه أو نحو ذلك، من كل جهالة تفضي إلى النزاع، أو يكون المعقود عليه غير مقصودة شرطًا أو اقترن بشرط من الشروط الفاسمت كان اشترى باذن اشترى باذن المشترى بانسان من أخر بيئا بشرط أن يستك البائح وضعه من المنافقة عنيت يوم قيضه لا بالشمن المسمى المساد النسبية. المساد النسبية بين المنافقة بالمنافقة عن المنافقة عند المنافقة عن المنافقة عند المنافقة ع

وأسباب الفساد التي سبقت الإشارة إليها كثيرة، من بينها الغرر والربا واقتران أي من عقود المعاوضات المالية بشرط فاسد والإكراه، عند الإمام وصاحبيَّه خلافًا لزفر، فإن العقد يكون موقوفًا بالإكراه والضرر في تسليم المعقود عليه.

وإنما انفرد الأحناف والزيدية بابتداع فكرة العقد الفاسد للتفرقة بينه وبين العقد الباطل، من حيث إن الخلل في العقد الفاسد لم يرد على أصل من الأصول التي يقوم عليها العقد (الصيغة – العاقد – المحل) وإنما تعلق بوصف خارج عن هذه الأصول التي يبطل العقد بورود الخلل فيها. وقد أراد المذهب الحنفي بهذا التمييز بين ما عدَّه أصلًا في العقد وبين ما عدَّه وصفًا اعتبارً الخلل في الثاني أضعف أثرًا من الخلل في الأول.

وستتضح طبيعة هذا العقد من معرفة أحكامه.

أحكام العقد الفاسد:

١ – إمكان زوال الفساد في العقد الفاسد بزوال سببه. من ذلك أنه إذا كان الفساد لجهالة الأجل وعينه العاقدان في مجلس العقد، أو للاتفاق على الربح في المضاربة بنسبة معينة من رأس المال ثم غيرا ذلك إلى الاتفاق على تقسيم الربح بين صاحب المال والمضارب بنسبة معينة فإن العقد ينقلب إلى الصحة. ولو اتفقا على إسقاط الشرط الفاسد في معاوضة مالية صار العقد إلى الصحة أيضًا.

٢ - العقد الفاسد بعد تنفيذه وحدوث القبض يفيد ملك المعقود عليه إذا جرى القبض للمعقود عليه إذا جرى القبض للمعقود عليه بن العقد للمعقود عليه وي العقد اللمعقود عليه وي العقد الفاسد بإذن صاحبه دلالة دون تصريح. والملك المستفاد بالقبض في العقد الفاسد لا يقوى قوة الملك الثابت بالعقد الصحيح؛ لأنه ملك مستحق الفسخ ومضمون بالقيمة لو هلك في يد حائزه، ولا يفيد حل الانتفاع به كما تجب الشفعة بالقبض في العقد الفاسد؛ لأن حق بيقطم.

٣ - يقوى العقد الفاسد بحدوث القبض و تنفيذ أحكامه عن طواعية و برضا من المتعاقدين
 ولكن يستمرحق فسخ هذا العقد بعد القبض و تنفيذ العقد بالتفصيل التالي:

أ - إن كان فساد العقد راجعًا إلى البدل، كالبيع بخمر أو خنزير، فإن لكلَّ من العاقدين فسخ العقد بعد القيض كما كان لهما قبله؛ لأن الفساد الراجع إلى البدل فساد في صلب العقد، كما يقول الكساني؛ وذلك لأنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين، فكان الفساد قويًّا فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه، ويظهور عدم اللزوم في حقهما جميمًا. أما إن كان الفساد راجعًا إلى شرط فاسد، كبيع دار مع اشتراط حق البائع في استر دادها عند الوفاء بالثمن، فإن لكلِّ من الطرفين الحقُّ في فسخ البيع بعد القبض في رأى أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافًا لمحمد الذي قصر الحق في الفسخ على المنتفع بالشرط. والقصد من التفريق بين حق العاقدين في الفسخ أو حق أحدهما فيه على أساس تعلق الفساد بالبدلين أو بشرط فاسد هو التفريق بين رجوع الفساد إلى صلب العقد وبين رجوعه إلى أمر زائد عن ذلك. يقول الكمال بن الهمام: « إذا كان الفساد في صلب العقد.. فيملك كل فسخه، وإن كان الفساد بشرط زائد، كالبيع على أن يقرضه ونحوه إلى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض. وأما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والأجل الفسخ كالبائع في صورة الإقراض والمشترى في الأجل بحضرة الآخر دون من عليه عند محمد. وعندهما لكلِّ منهما حق الفسخ، لأنه مستحق حقًّا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ٧.

٤ - لا يستمر الحق في فسخ العقد الفاسد مطلقًا، وإنما يحكم بانتهاء الحق في المطالبة بهذا الحق على خلاف العقد الباطل؛ قصدًا إلى استقرار التعامل وحماية لحق أحد العاقدين أو للغير. وإنما يحكم بانتهاء هذا الحق للأسباب التالية:

أ - تصرف العاقد في المعقود عليه بعد قبضه بإذن صاحبه في عقد صحيح يتعلق به حق الغير، ولا يكلف باسترداد المعقود عليه من هذا الغير.

من ذلك أن المشترى في عقد فاسد إذا تصرف فيما اشتراه بعد قبضه ببيعه إلى طرف ثالث لا يستطيع أن يطالب هو ولا غيره بفسخ العقد، ويأمن الطرف الثالث من مطالبته برد

وكذا كل تصرف آخر ينقل الملك للغير، كالهبة أو الصدقة. ويهدف الحكم بإنهاء المطالبة بالفسخ في هذه الظروف إلى حماية الغير، بتصحيح التصرف الذي صدر من المشتري إليه، وتحويل ملكية المشتري في العقد الفاسد من ملكية غير ثابتة ولا لازمة إلى ملكية صحيحة تمنع مطالبته باسترداد المبيع.

ب - تغير المعقود عليه بزيادته زيادة غير متولدة عن الأصل، ولا متصلة به على نحو لا يمكن فصلها عنه. والقصد من الحكم باستقرار المعاملة الفاسدة ولزومها في هذه الحالة هو حماية حق المتعاقد نفسه؛ لأنه لو حكم بالرد مع الزيادة كان في هذا إضرار به.

ج - وكذا إذا تغير المعقود عليه في العقد الفاسد تغيرًا يخرجه من صورته التي كان عليها، سواء كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل غيره. وتستقر ملكية المشتري بهذا، وتصبح د - ملاك المعقود عليه في عقد فاسد بعد قبضه يمنع المطالبة بفسخ العقد ويضمن من هلك في يده مثل هذا المعقود عليه أو قيمته. من ذلك أن المبيع إذا انتقل إلى المشتري في بيع فاسد وهلك في يده فإن البائع لا يطالب بفسخ العقد، وإنما يطالب بضمان مثل المبيع إن كان من المثلبات. والمثلبات الأشياء التي لا تختلف آحادها، كالبيض والقمح والأرز وما إلى ذلك، أما القيميات فهي التي تختلف آحادها، كالحيوانات والسيارات المستعملة وما أشمه، وإنما يكو ن ضمانها بالقمة.

والخلاصة أن العقد الفاسد تَرِدُ عليه الأحكامُ التالية:

١ - العقد الفاسد عقد منهي عنه ولا تترتب عليه - من جهة كونه عقدًا - آثاره الشرعية.

 العقد الفاسد له وجود شرعي لانعقاده بتوافر شروط الانعقاد فيه. غير أن هذا الوجود غير مستقر و لا ثابت وتلزم إزالته ما لم يزل الوصف المفسد.

 " - للعقد الفاسد وجوده كواقعة مادية كذلك، وتترتب عليه بعض الآثار بكونه سببًا فيها، من ذلك إفادته الملك الناقص بقبض المعقود عليه، وتحوله إلى الملك التام إذا تصرف المتملك القابض في المعقود عليه تصرفًا ناقلًا للملك إلى الغير.

٤ - يشبت حق الفسخ لأيَّ من الطرفين قبل القبض، كما يشبت لهما بعد القبض إن تعلق الخط المنطقة المنطقة

 و - ينتهي حق الفسخ حماية لحق الغير أو للعاقدين بقيام سبب من الأسباب السابقة الذكر.

وقد استمد القانون المدني الأردني أحكام العقد الفاسد من المذهب الحنفي، فجاء في مادته (١٧٠) ما يلي:

- ١ * العقد الفاسد هو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح.
 - ٢ ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه.
 - ٣ ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون.
 - ٤ ولكل من عاقديه أو ورثته حتُّ فسخه بعد إعذار العاقد الآخر ٧.

وهذه المادة قد جاءت بنصها تحت رقم (٢١٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي(''.

 (مادة ٣١٣): المقد الباطل هو ما ليس مشروعًا لا أصلًا ولا وصفًا، أي: ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للمقد أو كان المحل غير قابل لحكم المقد، وهو لا ينعقد أصلًا، ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض(").

في المصباح بطل الشيء يبطل بطلًا وبطولًا وبطلاتًا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل، والجمع بواطل أو أباطيل.

وفيه مناسبة للمعنى الشرعي، وهو ما لا يكون مشروعًا لا بأصله ولا بوصفه (٣).

وقد تناولت المادة (١١٠) من مجلة الأحكام العدلية أن البيع الباطل هو ما لا يصح أصارًه، يعني أنه لا يكون مشروعًا أصارً.

العقد الباطل والفاسد:

أولًا: العقد الباطل:

تعريفه: العقد الباطل عند الأحناف هـو ما لم يشرع لا بأصله ولا بـوصفه، ويقصـد

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ١٦٣ - ١٦٧.

⁽٣) قال الشيخ عمد زيد الإيباني: أما العقد الباطل فهر: الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه، بمعنى أنه حصل خلل في ركه، بأن صدر الإيجاب أو القبول من غير أهله، كان كان أحد العاقدين غير عاقل، أو خالف القبول الإيجاب عالفة ضرة، أو حصل خلل في علمه، بأن كان المفور عليه غير موجود أو كان موجورة ولكمه غير قابل حكم المقلد، كما إذا كان المفتور عليه حرًّا أو مسجدًا، فإن كلاً من الحر والمسجد غير قابل لحكم عقد البيم، وهو الملك وحكم البعد الباطل عدم ملك الشتري إياه ولو فيضه، بخلاف القاصد كما علمت. وإن استهلكه الشتري يكون مضمونًا عليه بالقبحة التي يقدو الماقياً.

وأما إذا هلك بدون تعدُّ ولا تقصير بأن هلك قضاء وقدرًا أو هلك بفعل المبيع ففيه خلاف:

قال بعضهم: لا يكون مضمونًا» لأنه أمانته وهي لا تضمن بدون تعد أو تقصير، ونسب هذا الرأي لأبي حيفة. وقال آخرون: يكون مضمونًا رسلته إن كان مثلًا، أو يقيمه إن كان قيبًا، كالقبرض على سرم الشراء الأنه يقمه لضم، فلا يكون حكمه حكم الأمانة لأيما مقبوضة على أنها ملك لصاحبها، وهذا هو رأى الأثمة الثلاثة، ونسب لأبي يوسف وعمد، وصحح كل من القولين، فيختار القاضي ما هو أوفق للحادثة التي يريد الحكم فيها. وبيع الهازل وهو الذي يقمد المقد عثارًا، ولا يقصد حكمه في خلاف.

⁻ قال بعضهم: فاسد فيفسد الملك بالقبض لأنه صادر من أهله وارد على عله القابل له، إلا أنه لخلوه عن القصد كان فاسدًا.

⁽٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار: ٥٠/٥٠.

بأصل العقد ركنه والشروط الواردة على الركن، مما يتعلق بالتوافق بين الإيجاب والقبول وورودهما في مجلس واحدوكون العاقد مميزًا ومتعددًا فضلًا عما يتعلق بالمحل من شروط سبق ذكرها.

أما الوصف الغير المشروع فيتعلق بعيوب الرضا والشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية والربا والغرر وإيجاب التسليم للضرر.

وبهذا فالخلل في العقد الباطل وارد في مقومات العقد وأسسه التي يقوم عليها انعقاده معا يرجع إلى الصيغة أو العاقدين أو المحل. من ذلك بيع الميتة والدم وكل ما ليس بمال كالإنسان الحر أو بعض أجزائه أو جته بعد وفاته أو شيء منها أيضًا، وكذا بيع الخمر من المسلم؛ لأنها ليست مالًا في حقه. ومن العقد الباطل نكاح إحدى المحرمات أو النكاح الموقت بوقت معين. ومنه كذلك استئجار نائحة أو مغنية، لعدم التقوم في الاعتبار الشرعي. أحكام العقد الباطل:

العقد الباطل ليس له وجود شرعي، فلا يوجد الالتزام المتفق عليه بين طرفي التعاقد؛ وذلك " لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعًا، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة ».

وإجمال أحكام العقد الباطل فيما يلي:

١ - لا تترتب عليه الأحكام الشرعية للعقد، ولذا لا يملك أي من الطرفين المطالبة بجبر الطرف الآخر على تنفيذ هذه الأحكام، ولمن نفذ منهم شيئًا من هذه الأحكام برضاه أن يطالب الآخر برد الأمر إلى ما كان عليه، سواء كان يعلم بالبطلان عند التنفيذ أو لم يكن يعلم.

وعلى سبيل التوضيح؛ فإن من يبيع إلى مجنون أو صبي لا يعقل شيئًا، ويسلم المبيع إلى المشتري، يكون له الحق في المطالبة برده حتى لو باع المشتري الشيء المبيع بعد تسلمه من باتعه إلى طرف آخر.

وقد يؤدي الحكم باسترداد المبيع بعد التصرف فيه ونقله لطرف ثالث إلى الإضرار بهذا الطرف، ولذا يسقط حق استرداد المبيع في العقد الباطل عند المالكية بخروجه إلى يد الغير بتصرف صحيح.

٢ - الإجازة لا تلحق العقد الباطل؛ لأنه ليس له وجود شرعي، والخلل وارد في أصله
 الذي يقدم عليه لا في وصف ينفك عنه.

 ككل صاحب مصلحة التمسك ببطلان هذا العقد ولا يقتصر الحق في المطالبة بذلك على العاقدين. ولذلك فإن للدائن والولي إثبات بطلان العقد الصادر من غير المميز أو المجنون.

٤ - انتقال الضمان من الباتع إلى المشتري في العقد الباطل إذا هلك المبيع في يد المشتري؛ لأن الباتع ما رصمي بتسليمه إليه على غير وجه الضمان فيضمنه، بخلاف ما لو سلمه إلى آخر على سبيل الأمانة فإنه لا يضمن إلا بالتعدي، وهذا هو الراجح في مذهب الأحناف والمالكية والحنابلة. وفي المذهب الحنفي رأي آخر: وهو أن العقد الباطل لا يوجب الضمان إذا اقترن به القبض إلا إذا تعدى فيه الطرف الآخر. ولا يضمن المشتري أصل المبيع فحسب، بل يضمن ماءاه المتصل, والمنفصل لذلك.

الدخول في عقد الزواج الباطل سبب لدرء الحد ووجوب المهر وثبوت النسب
 ووجوب العدة.

تح: ثة البطلان:

إذا تعددت أجزاء العقد ولحق البطلانُ بعضَ هذه الأجزاء ولم يلحق البعض الآخر، أو حكم بوقف العقد في بعض هذه الأجزاء، فهل يقتصر البطلان والوقف على الجزء الذي قام به سبب البطلان أو الوقف أم يتصف العقد جميعه بالبطلان والوقف؟

هذه هي فكرة انتقاص العقد في الفقه المدني المعروفة لدى الفقهاء المسلمين. ويمكن القول بوجود اتجاهات متعددة لهؤلاء الفقهاء في الموقف من تجزئة البطلان، وأجمل هذه الاتجاهات قيما يلى:

الاتجاه الأول: الحكم ببطلان العقد إذا كان صفقة واحدة ولحق البطلان بعض أجزائه دون بعضه الأخر. وهذا هو رأي أبي حنيفة وزفر، وهو الراجع في المذهب المالكي والحنبلي. ويتمسك أصحاب هذا الاتجاء بالبطلان الكلي للعقد، حتى لا تتفرق الصفقة على العاقدين. وهما ما رضيا بها إلا كتلة واحدة، فالفصل بين أجزائها إلزام لهما بما لم يرضيا به ولم يتفقا عليه. ويشير بعض أصحاب هذا الاتجاء إلى قاعدة * أنه إذا اجتمع الحرام والحلال فالغلبة للحرام » في استدلالهم على الحكم بالبطلان الكلي.

وتفريعًا عليه لو جمع في بيعه بين شاة ذكية (مذبوحة) وميتة بطل البيع فيهما؛ لأن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل ويشير أصحاب هذا الانجاه إلى تعذر معرفة جزء الثمن الخاص بالجزء الصحيح من الصفقة، فلزم بطلان الصفقة كلها. بذكر ابن قدامة: أنه لو باع فرسًا وما في بطن فرس أخرى بألف فهذا اليبع باطلٌ بلا خلاف بعلمه؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن. فيبطل البيع في الصفقة كلها. ويقضي الاتجاه الثاني بتجزئة البطلان. جاء في القوانين الفقهية: فإذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالمقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك... قبل: يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن. ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته "، ويعبر الشيرازي الشافعي عن هذا الاتجاه أيضًا بقوله: فإذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره، ففيه قولان، أحدهما: غرق الصفقة فيطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز؛ لأنه ليس إيطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته فيما خدما، فيطل محل أحدهما دون الآخر وبقيا على حكمها، فصع فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز ؟.

الاتجاه الثالث: جواز العقد ونفاذه في الجزء الصحيح الذي لم يلحقه البطلان أو الوقف بقسطه من الثمن. فإن لم يعلم ما يقابل الجزء الصحيح والجزء الباطل من الثمن بطل العقد كله. فلو باع فرسا و حَمَلُ فرس أخرى بألف، مع الاتفاق على أن ثمن الفرس ثمانمائة والحمل بمائتين صح البيع للفرس، ويطل فيما يتعلق بالحمل، ولم يلزم المشتري سوى الثمانمائة. ومن الواضح أن الصفقة تتعدد إذا انفصل كل جزء بقسطه، وقد رضي المتعاقدان في كل جزء بما يقابله من العوض فإذا فسد عقد أحدهما لم يمنع فساده صحة ما لم يرد عليه البطلان. وهذا هو رأي الصاحبين في المذهب الحنفي، ورأي عند المالكية والشافعية والحنابلة.

وقد أخذ القانون الأردني بمذهب الصاحبين في ذلك، فجاءت (المادة ١٦٩) منه بالنص على أنه:

١ - « إذا كان العقد في شقَّ منه باطلًا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصةُ كلِّ شق معينةً فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحًا في الباقي.

وإذا كان العقد في شق منه موقوفًا توقف في الموقوف على الإجازة، فإن أجيز نفذ
 العقد كله. وإن لم يجز بطل في هذا الشق بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته ».

نحول العقد:

لا يقضي ببطلان العقد إذا توافرت فيه أركان عقد آخر أو ظهر أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إنشاء هذا العقد الآخر. وفي رأي السنهوري أنه * قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول المقد على النحو الذي بسطناه في الفقه الجرماني، ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول ٤٠ ومع ذلك فإن كولسون يشير في مقارته لمفهوم الحوالة يمكن تقريبها من فكرة التحول ٤٠ ومع ذلك فإن كولسون يشير في مقارته لمفهوم الحوالة على فكرة تحول الفقد الإسلامي قد اعتمد على فكرة تحول الفقد الإسلامي قد اعتمد أن الفقها؛ يشترطون في عقد الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحالية إلفاحاله فإذا أحال محمد علياً أن الفقها؛ يشترطون في عقد الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحال، فإذا أحال محمد علياً كم معرد وكيل لمحمد في تحصيل دينه الذي له عند بكر. وهذا المثال الذي ينقله كولسون عن المعني لاين قلمة (٤/ ٢٤) يفيد أن الفقهاء يدركون مفهوم تحول المقد بشروطه عن المعني لاين قلمة (٤/ ٢٤) يفيد أن الفقهاء يدركون مفهوم تحول المقد بشروطه وليم ونفقة. وكن المختي لاين تعمول إليه وخذلك فإن أحكام عقد الوكالة هي التي انصرف إليها إدادة المتعاقدين، ولا يكون القاضي قد أجبرهم على شيء لا يريدونه لو أمضى عليهم هذا المقد المتعاقدين، ولا يكون القاضي قد أجبرهم على شيء لا يريدونه لو أمضى عليهم هذا المقد الأخر، وهو الوكالة في هذا العثال.

ومن تطبيقات تحول العقد و بيع الوفاء » وتخريج الفقهاء لهذا البيع على أنه رهن. وصورته: أن يبيع شخص سلعة له على أن يحتفظ بها البائع ولا يتصرف فيها، وعلى أن يستعيدها البائع إن وفي للمشتري بالثمن. ومن الواضح أن الفقهاء الذين اعتبر واهذه المعاملة رهنًا قد حكموا ببطلان كونها بيمًا، ورأوا إمكان تصحيح تصرف المتعاملين بحملها على الرهن. وتطبق في هذا المثال الشروط التي وضعها الفقه الألماني لفكرة تحول العقد، وهي بطلان العقد الأصلي، وتوافر عناصر العقد الآخر الذي يتحول إليه، واحتمال انصراف إرادة الماقدين إلى التصرف الأخر.

ومن هذا القبيل أنه إذا كفله في دين بشرط براءته كان هذا حوالة، ولو قبل حوالة بشرط عدم براءة المدين كان هذا التعامل كفالة. والهبة بشرط العوض بيع فتجرى فيها الشفعة، والإعارة مدة معلومة بأجر معلوم إجارة، والوصاية حال حياة الموصى وكالة، والوكالة بعد الموت وصاية.

ويتأكد إعمال الفقهاء لفكرة تحول العقد وإدراكهم لها يوضوح من قاعدة « العيرة في العقود للقصود والمعاني لا للألفاظ والمباني ٤. ويلاحظ كذلك اتجاه الفقهاء إلى حمل تصرف الناس على الصحة ما أمكن. العقود: ماهية العقد وشرائطه 🚤 🚤 🚾 ١٣٥

ثانيًا: العقد الفاسد:

تمريفه: تقدم تمريف العقد الفاسد عند الأحناف بأنه ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، أي أنه صدر ممن هو أهل الإنشائه بصيغة سلمت من الخلل والمحل قابل لحكم العقد، غير أنه قد اتصل به وصف ينهى الشارع عنه، وأسباب الفساد التي سبقت الإنشارة إليها كثيرة، من بينها الغرر والربا واقتران أيَّ من عقود المعاوضات المالية بشرط فاسد والإكراه عند الإمام وصاحبيه خلافًا لزفر، فإن العقد يكون موقوفًا بالإكراء والضرر في تسليم المعقود عليه.

وإنما انفرد الأحناف والزيدية بابتداع فكرة العقد الفاصد للتفرقة بينه وبين العقد الباطل، من حيث إن الخلل في العقد الفاصد لم يرد على أصل من الأصول التي يقوم عليها العقد (الصيغة - العاقد - المحل) وإنما تعلق بوصف خارج عن هذه الأصول التي يبطل العقد بورود الخلل فيها. وقد أراد المذهب الحنفي بهذا التمييز بين ما عده أصلاً في العقد وبين ما عده وصفًا اعتبار الخلل في الثاني أضعف أثرًا من الخلل في الأول.

وستتضح طبيعة هذا العقد من معرفة أحكامه(١).

♦ (مادة ٢١٤): العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^(۱).

العقد: هو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع، والإجارة، والإعارة. واللفظ: هو الكلام الذي ينطق به الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره. يفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني.

ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ.

مثال ذلك: بيع الوفاء، فاستعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك؛ لأنه لم يكن مقصودًا من الطرفين، بل المقصود به إنما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع، وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين، ولذلك

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي، د. عمد سراج، ص: ١٥٧ - ١٦٣.

 ⁽٢) قال الشيخ عُمد زيد الإيابيّ: وقال بعضهم". إن بيع الهازل باطل لعدم وجود القصد فيكون حكمه حكم عقد المجنون، والأصل في ذلك أن العبرة في العقود للمقاصد والعاني لا للحروف والمياني.

لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن، فيجري فيه حكم الرهن لا حكم البيع. فبناء على ما تقدم يحق للبائع بيمًا وفائيًّا أن يعيد النمن ويسترد المبيع كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترجع الثمن، ولو كان العقد بيمًا حقيقيًّا لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الفريقين على إقالة البيم.

مثال ثاني: لو اشترى شخص من (بقال) رطل سكر وقال له: خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن، فالساعة لا تكون أمانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن، وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفي دينه، فلو كانت أمانة كما ذكر المشتري لحقً له استرجاعها من البائم بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

مثال ثالث: لو قال شخص لآخر: وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة جنيه، فيكون هذا المقد عقد بيع لا عقد هبة، وتجري فيه أحكام البيع. فإذا كان المبيع عقارًا تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام البيم.

مثال رابع: لو قال شخص لآخر: قد أعرتك هذا الفرس لتركبه إلى مكان كذا بخمسين قرشًا، فالعقد يكون عقد إيجار لا عقد إعارة، رغم استعمال كلمة الإعارة في العقد؛ لأن الإعارة هي تمليك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض.

مثال خامس: لو قال شخص لآخو: قد أحلتك بالدين المطلوب مني على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع المحال عليه لك الدين. فالعقد هنا لا يكون عقد حوالة؛ لأن الحوالة هي نقل ذمة إلى ذمة أخرى، وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة، والذي جرى إنما هو ضم ذمة أخرى، فأصبح المحال عليه كفيلًا بالدين والمدين أصيلًا.

مثال سادس: لو أعطى شخص آخر عشر كيلات حنطة أو عشر ليرات، وقال له: قد أعرتك إياها فيكون قد أقرضها له، ويصبح للمستعير حق التصرف بالمال أو الحنطة المعارة له مع أنه ليس للمستعير التصرف بعين المال المعار، بل له حق الانتفاع به بدون استهلاك العين.

وهكذا فإن مفادهذه القاعدة أنه يتحتم على القاضي أن يبحث عن نية المتعاقدين بالرجوع إلى ألفاظها المستخدمة في التعاقد وإعمالها إن كانت واضحة ظاهرة في الدلالة على هذه النية. أما إن كانت غير واضحة في دلالتها على هذه النية، فإن على القاضي ألا يقف عند هذه النصوص لا يتجاوزها وإنما يجب عليه أن يعمل على معرقة نوايا المتعاقدين ويحكم بإعمالها. ولا تفيد هذه القاعدة إهمال الألفاظ إن كانت واضحة في الدلالة على قصود المتعاقدين ونياتهم؛ لأن عمل هذه القاعدة يختص بأحوال التعارض بين الإرادة الباطنة والظاهرة، لا عند التطابق بينهما، حيث يجب إعمال الألفاظ عندئذ.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الهية بشرط الثواب بيع، كأن يقول له: أهبك هذه السيارة هدية مني بعشرين ألف فقط، وتجري أحكام البيع في مثل هذه المعاملة. وكذا فإن الكفالة بشرط براءة المكفول عنه من الدين حوالة للدين ونقل له إلى ذمة الكفيل، وتجري عليه أحكام الحوالة (١٠).

على أن لهذه القاعدة مستثنيات، وهي: لو باع شخص شيئًا لآخر مع نفي الثمن بقوله: قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلاء ولا يعتبر المقد هية، كذلك لو آجر شخص آخر فرسًا بدون أجرة تصبح الإجارة فاسدة ولا تكون عارية؛ لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض، والعارية تفيد عدم العوض، وبما أن بين معنى اللفظين تضادًا فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في الإعارة.

وقال بعضهم: إن بيع الهازل باطل لعدم وجود القصد فيكون حكمه حكم عقد المجنون، والأصل في ذلك: أن العبرة في المقود للمقاصد والمعاني لا للحروف والمباني.

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ٢١٧.

الْبَابُالثَّانِيٰ



في العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي لا يصح اقترانها وتعليقها به وفي العقود التي يصح إضافتها إلى المستقبل والتي لا يصح

الغَصِٰلُ الْاوُلُ

فى ماهية الشرط والتعليق

 (عادة ۲۱۰): الشرط() هو النزام مستقبل في أمر مستقبل بصيفة مخصوصة. والتعليق هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع اقترانه بأداة من أدوات الشرط().

الشرط بسكون الراء له عدد من المعاني، ومن بين تلك المعاني: إلزام الشيء والتزامه.

قال في القاموس: الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، كالشريطة.

وأما بفتح الراء فمعناه: العلامة، ويجمع على أشراط؛ كسبب وأسباب.

والشرط في الاصطلاح نوهان: الأول: الشرط الشرعي، وهو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. وهو أنواع: شرط للوجوب، وشرط للانمقاد، وشرط للصحة، وشرط للزوم، وشرط للنفاذ. إلى غير ذلك من الشروط الشرعية المعتبرة. والنوع الآخر: الشرط الجعلي، وهو: التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصفة مخصوصة

والشرط: هو إلزام الذيء والترامه في السيع ونحوه تقول شخص لآخر: بعنك بيتي بخمسيانة جنيه بشرط أن أسكه سنة مثلًا. فطالب الشرط هو المنزم والمطلوب منه القيام به هو الملتزم. وهذا التعريف أسهل من تعريف بعضهم له بأنه التزام مستقبل في أمر مستقبل بصيغة غصوصة. فإن فيه ركاكة وإجائاً مع أن التعريف يجب أن يكون أظهر من المرف. وبالتأمل برى أن فهم معنى الشرط أسهل من هذا التعريف.

والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جلة أخرى. وهذا التعريف أيضًا أسهل من قول بعضهم: التعليق هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع اقترانه بأداة شرط.

وإضافة العقد عبارة عن جعل سببه مفضيًا إلى حكمه وقت الزمن المضاف إليه العقد.

وسميت الحقيقة ماهية؛ لأنه يسأل عنها بلفظ: ما هي حقيقة كذا.

كما قال الحموى، وهو ما يشترطه المتعاقدان في تصرفاتهما.

والتعليق في اللغة: مصدر علَّق، يقال: علق الشيء بالشيء، وصنه، وعليه تعليقًا: ناطه به. والتعليق في الاصطلاح: هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى. ويسمى يعينًا مجازًا؛ لأنه في الحقيقة شرط وجزاء، لما فيه من معنى السببية كاليمين. صيغة التعليق: يكون التعليق بكل ما يدل على ربط حصول مضمون جملة بحصول

صيغة التعليق: يكون التعليق بكل ما يدل على ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء أكان ذلك الربط بأداة من أدوات الشرط، أم بغيرها مما يقوم مقامها ، كما لو دل سياق الكلام على الارتباط دلالة كلمة الشرط عليه.

ومثال الربط بين جملتي التعلق بأداة من أدوات الشرط: قول الزوج لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فقد رتب وقوع الطلاق على دخولها الدار، فإن دخلت وقع الطلاق، وإلا فلا. ومثال الربط بين جملتي التعليق بلا أداة شرط: هو قول القائل مثلًا: الربح الذي سيعود إليَّ من تجارتي هذا العام وقف على الفقراء، فقد رتب حصول الوقف على حصول الربح بعاد أذاة شرط؛ لأن مثل هذا الأسلوب يقوم مقام أداة الشرط، والعراد بالشرط الذي تستعمل فيه أداته للربط بين جملتي التعليق: الشرط اللغوي؛ لأن ارتباط الجعلتين الناشئ عنه كارتباط المست بالسيد.

أدوات التعليق: المراد بها: كل أداة تدل على ربط حصول مضمون بحصول مضمون جعلة أخرى، سواء أكانت من أدوات الشرط الجازمة أم من غيرها. وتلك الأدوات كما جاء في المغني عند الكلام على تعليق الطلاق بالشرط: (إن) (وإذا) (ومنى) (ومن) (ومن) (وأي) المغني عند الكلام على تعليق الطلاق بالشرط: (إن) ووزالما). وزاد النووي في الروضة: (متى ما) (ومهما). وزاد صاحب مسلم الثبوت: (لو) (وكيف). وزاد السرخسي في أصوله والبزدوي في أصوله وصاحب فتح الغفار وصاحب كشاف القناع أيضًا: أن (أين) كشاف القناع أيضًا: أن (أين) من صبغ التعليق. وزاد صاحب كشاف القناع أيضًا: (أنى) ولم يغرق بينها وبين (إن).

والفرق بين التعليق والشرط كما قال الزركشي: أن التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته كـ (إن وإذا)، والشرط ما جزم فيه بالأصل وشُرط فيه أمرٌ آخر.

وقال الحموي: الفرق أن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بـ (إن) أو إحدى أخواتها، والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة (١٠).

⁽١) انظر: الموسوعة الفقهية : ٢٩٨/١٢ - ٣٠١.

العقود: تعليقها بالشرط - إضافتها إلى المستقبل

 (مادة ٢١٦): العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة بشرط و لا مضافة إلى وقت مستقبل. وهذا يقع حكمه في الحال.

من أنواع العقود العقد المطلق الذي لم يقترن بشرط، ولم يعلق على حصول شي،، ولم يضف حكمه إلى زمن مستقبل.

فالعقد المطلق هو: ما حصل غير مقيد بشيء من الثلاثة المذكورة فإذا وقع هذا العقد مستوفيًا شرائطة ترتبع عليه حكمه في الحال، فإذا قال إنسان لأخر: بعت لك كتابي هذا بعشرين قرشًا مثلًا، وقبل المشتري ثبت ملكه للكتاب، وملك الثمن للبائع بمجرد حصول الإيجاب والقبول. وذلك سواء حصل التقابض بينهما أم لا. وهذا باتفاق الفقهاء إلا أن الحنفية والشافعية صرحوا بأن الملك وإن كان ينتقل في البيع بمجرد العقد لكن لا يستقر إلا بالقبض كالصداق في عقد النكاح (١٠).

€ (هادة ٢١٧): العقد المعلق هو ما كان معلقًا بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلة.

والمعلق يتأخر انعقاده سببًا إلى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببًا مفضيًا إلى حكمه(٢٠).

المقد المعلق هو: ما كان متربيًا وقوعه على حصول أمر غير موجود، أو على وجود حادثة مستقبلة. وجملة التعليق وإن حصلت الآن لكنها لا تنعقد سببًا مؤديًا إلى حكم المقد الذي حصل فيه التعليق إلا بعد وجود المعلق عليه، وهو فعل الشرط، كما هو الشأن في كل كلام حصل فيه تعليق. فإذا قال إيراهيم لعلي: إن اشتريت بيئًا بجهة العباسية مثلًا فقد وكلتك في بيع بيتي الذي هو في شارع محمد علي؛ فهذه العبارة تفيد تأخير انعقاد المقد سببًا في حصول التوكيل إلى وجود المعلق عليه وهو شراء بيت بالعباسية في المثال المتقدم؛ لأن المتكلم لا يريد إلا ذلك. ومتى وجد المعلق عليه ينعقد سببًا مفضيًا إلى حكمه إذا كان من العقود التي لا يصح تعليقها فيكون باطلاً، ولا عرة بوجود المعلق عليه إذا كان من العقود التي لا يصح تعليقها فيكون باطلاً، ولا عرة بوجود المعلق عليه إذا كان عبر محقق.

 ⁽١) الأشباء والنظائر لابن نجيم، ص : ٣٤٣، والأشباء والنظائر للسيوطي، ص : ٢٨٣، والقواعد لابن رجب، ص : ٧٤ - ٧٦.

⁽٢) يستفاد حكم المعلق و المضاف الآتي من كتاب الأيهان من الأشباء للحموي، ص: ٣٧٣، مطبعة إسطانبول.

 (مادة ۲۱۸): يشترط الصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدومًا على خطر ال حد د، لا محققًا، و لا مستحلًا (۱).

يشترط لصحة التعليق أمور:

الأول: أن يكون المعلق عليه أمرًا معدومًا على خطر الوجود، أي مترددًا بين أن يكون وأن لا يكون، فالتعليق على المحقق تنجيز، وعلى المستحيل لغو.

الثاني: أن يكون المعلق عليه أمرًا يرجى الوقوف على وجوده؛ فتعليق التصرف على أمر غير معلوم لا يصح، فلو علق الطلاق مثلًا على مشيئة الله تمالى، بأن قال لامر أنه: أنت طالق إن شاء الله، فإن الطلاق لا يقع اتفاقًا؛ لأنه علقه على شيء لا يرجى الوقوف على وجوده.

الثالث: أن لا يوجد فاصل بين الشرط والجزاء، أي بين المعلق والمعلق عليه، فلو قال لزوجته: أنت طالق، ثم قال بعد فترة من الزمن: إن خرجت من الدار دون إذن مني لم يكن تعليقًا للطلاق، ويكون الطلاق منجزًا بالجملة الأولى.

الرابع: أن يكون المعلق عليه أمرًا مستقبلًا، بخلاف الماضي فإنه لا مدخل له في التعليق، فالإقرار مثلًا لا يصح تعليقه بالشرط؛ لأنه إخبار عن ماضي، والشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلة.

الخامس: أن لا يقصد بالتعليق المجازاة، فلر سَبَّه بما يؤذيه فقال: إن كنتُ كما قلب فأنت طالق، تنجز سواء أكان الزوج كما قالت أم لم يكن؛ لأن الزوج في الغالب لا يويد إلا إيذاءها بالطلاق.

فإن أراد التعليق يدين به فيما بينه وبين اللَّه رَاقِ اللَّه عَلَى اللَّه عَلَى أحكام القضاء.

⁽١) قال الشيخ محمد زيد الإبيان: يلزم لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط وهو المعلق عليه غير موجود، ولكنه يمكن وجوده. فإن لم يمكن كذلك بأن كان مقفلة أو صحيحها وجوده فلا يكون التعليق صحيحة، بل يمكون منجوا إذا كان الملتل عليه موجوداً وقت صحيحة (التعليق، ويكون باطلا في المستحيل؛ فإذا قال إنسان لغيره وهو معه في يعه: إن كنت جالتاً في بني هذا فقد بعته مثك بالف جنبه مثلاً تم البيع من كان مستوقيًا جميع شرطه، ولم يكن هازلاً غير قاصد المبير ويلزم أن يكون الملنق عليه من الأخياء التن قليل الاحتادة بالجلوس واللب والسباحة.

فإذا كان لا يقبل الاستداد كالدخول والخروج فلا يكون منجزاً، بل يكون معلقًا على دخول آخر؛ لأن الدخول قد حصل قبل التكلم وهو لا يقبل الاستداد؛ إذ هو عبارة عن الانفصال من الحارج، وهو يتم بمجرد الاستقرار في البيت؛ ولهذا لا بجسن أن يقال: دخلت البيت شهرًا، بل يقال: أقست في شهرًا بخلاف الأفعال التي تقبل الاستداد، فإنه يقال مثلًا: سبحت في البحر يومًا ولبست الثوب أسبوعًا فجعل بقاؤها حكم ابتدائها.

وإن قال شخص لآخر: إن شاب الغراب فقد وهبت لك يتي كان ذلك باطلًا غير معتبر؛ لاستحالة وجود المعلق عليه، وهو فعل الشرط.

السابع: أن يكون الذي يصدر منه التعليق مالكًا للتنجيز، أي قادرًا على التنجيز بمعنى كون الزوجية قائمة حقيقة أو حكمًا، وهذا الشرط فيه خلاف، فالحنفية والمالكية لا يشترطون ذلك في تعليق الطلاق، بل يكتفون فيه بمطلق الملك، سواء أكان محققًا أم معلقًا، حتى إن المالكية لم يفرقوا في هذا بين التعليق الصريح فيما لو قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، وبين التعليق الذي لم يصرح به، كما لو قال لأجنبية: هي طالق، ونوى عند تز وجه بها، فإن الطلاق يقع في الصورتين(١١).

(هادة ٢١٩): العقد المعلق على أمر محقق ينجز في الحال إذا كان لبقائه حكم ابتدائه، والتعليق على مستحيل لغو غير معتبر(٢).

يلزم لمتابعة موضوع الشروط المقترنة بالعقد التفريق بين كلُّ من الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة بتفصيل أنواعهما على النحو التالي:

١ - الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه: إذا ورد اشتراط المتعاقدين على مقتضى العقد لتأكيد ما يوجبه فهو اشتراط صحيح معتبر، كشرط تسليم المبيع أو الثمن والرد بالعيب أو حبس المبيع حتى يقبض الثمن. وكذا لو ورد الشرط على ما يلاثم مقتضى العقد كاشتراط المقرض رهنًا بالقرض أو كفيلًا به أو أن يحيله بقيمته على غيره فإن هذا الاشتراط يصح باتفاق المذاهب.

٢ - الشرط الذي يجرى به التعامل: يجيز الأحناف والمالكية والحنابلة الشروط التي تتضمن منفعة لأحد طرفي التعاقد وقد جرى بها عرف التعامل. والقاعدة الفقهية: أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص. وإنما حكم بتصحيح الشروط الموافقة لمقتضى التعامل؛ لأن في الخروج عن العرف حرجًا ومشقةً. ولذا يصح فيما ذكره الفقهاء أن ﴿ يشتري ثُوبًا أو خفًّا خَلِقًا على أن يرقعه الباثع ويخرزه ويسلمه ».

⁽١) انظر: الموسوعة الفقهية : ٢١/ ٣١٠، ٣١١.

⁽٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العقد المقترن بالشرط هو: ما حصل منجزًا وألزم أحد المتعاقدين صاحبه بأن يقوم به زيادة على البدل. وحكم هذا العقد يختلف باختلاف نوعه ونوع شرطه؛ فإن كان العقد من العقود التي لا يؤثر فيها الشرط كالزواج ثبت حكمه في الحال، وإن كان من العقود التي يؤثر فيها فإما أن يكون الشرط صحيحا أو لاغيا أو فاسدًا ففي الأول والثان يترتب على حصول العقد حكمه عقب الإيجاب والقبول متى حصل مستوفيًا جميع شرائطه، وفي الثالث يفسد العقد ولا يترتب عليه حكمه ولكنه يفيد الملك بالقبض كالبيع مثلا.

ومن أمثلة ذلك: أن يتفق العاقدان في إجارة على قيام المالك بدفع ثمن استهلاك المياه أو بالمسؤولية عن الحديقة أو بإعادة الطلاء كل فترة معينة. ومنه الاتفاق على ضمان السلع المبيعة الدقيقة الصنم من أعطال معينة فترة يتفق عليها المتعاقدان.

٣ - الشرط الذي لا يناقض مقتضى العقد ولا أصلاً من أصول الشريعة: شرط صحيح عند المالكية والحنابلة وفيما عبر عنه ابن تيمية وابن القيم. وتفريعًا على هذا يصح فيما نصع عليه الحنابلة (البيع بشرط انتفاع البائع بالمبيع نفعًا معلومًا... والشرط لازم؛ فلو باع المدار بشرط سكناه (البائع) بها شهرًا، أو البعير بشرط ركوبه إلى محل معين صح وثبت له حتى الانتفاع المعين، وله استيفاؤه بنفسه وبغيره بالإجارة والإعارة ». ومن هذا القبيل ما لو « اشترى شيئًا على أن يحمله البائع إلى محل معين، أو اشترى الثوب على أن يخيطه له جُبُّة، أو اشترى الشعر على النخل أو الزرع على أن يكون الجذاذ والحصاد على البائع صح ووجب الوفاء بالشرط. حتى لو مات البائع قبل الوفاء أو تلف المبيع قبله لزمه عوضه ».
أما الشافعية فلا يعتبرون مجرد جريان العرف بالتعامل أو بالشرط سببًا لتصحيحه.

ويبدو لي أن تصحيح الأحناف الشروط التي جرى بها التعامل قد يسرت لهم الاقتراب من مذهب الحنابلة والمالكية في تصحيح الشروط التي لا تناقض أصلاً شرعيًّا، وذلك على الرغم من اختلاف الفريقين في أساس النظر إلى الشروط، حيث يذهب الحنابلة إلى أن الأصل فيها هو الحل ما لم تناقض أصلاً شرعيًّا، على حين يذهب الأحناف إلى أن الأصل هو الحظر ما لم يرد دليل الحل.

٤ - بطلان الشرط والعقد: يحكم الفقهاء ببطلان الشرط إذا عارض مقتضى العقد، كالبيع مع اشتراط عدم تسليم المبيع. ويحكم الفقهاء ببطلان الشرط كذلك لو لم يلائم العقد ولا جرى به التعامل أو تناقض مع أصل من الأصول الشرعية، كالاتفاق على القرض بريا، فإن هذا الشرط يبطل، ويلغو معه العقد. وإنما يؤدي الشرط الفاسد إلى فساد العقد ذاته، إذا كان هذا العقد من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والقسمة والصلح على مال.

٥ - الشروط الباطلة وحدها مع بقاء العقد صحيحًا: يبطل الشرط المقترن بالعقد إذا صادم أصلاً شرعيًا أو تنافض مع مقتضى العقد ولم يكن ملائمًا له ولم يجر به التعامل. ومعنى بطلان الشرط أنه غير ملزم. ولا يؤدي بطلان الشرط إلى بطلان العقد المقترن به إذا لم يكن العقد من عقود المعاوضات المالية. بأن كان من التبرعات كالهبة والقرض والوصية، أو من التوقات كالهبة والقرض والوصية،

وإنما لم تفسد هذه الشروط الباطلة العقود المقترنة بها، للفصل بينهما في قصد المتكلم وتوجه إرادته. ولذا لو اشترط في عقد زواجه ألا مهر لها أو ألا نفقة لها فإن الشرط يفسد ويبقى العقد صحيحًا. لأن هذا الاشتراط لم يكن هو الذي دفعه إلى التعاقد(١).

● (هادة ٢٢٠): العقد المضاف هو ما كان مضافًا إلى وقت مستقبل. والمضاف ينعقد سببًا في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه.

العقد المضاف هو: ما كان مضافًا إلى زمن مستقبل، وهو ينعقد سببًا لحكمه في الحال، ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى مجيء الزمن المضاف إليه؛ لأن ذلك الذي يفهم صريحًا من الإضافة. فإذا قال زيد لعمرو: أجَّرت لك بيتي شهر رمضان سنة (١٤٣٠هـ) مثلًا تحقق عقد الإجارة في الحال، ولكن لا يترتب حكم العقد عليه، وهو ملك حق الانتفاع، إلا عند مجيء رمضان المضاف إليه العقد.

€ (هادة ٢٢١): الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلاثمه ويؤكد موجبه جائز معتبر؛ فيصح اقتران العقد به. وكذلك يعتبر الشرط المتعارف الذي جرت به عادة البلد وتقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع(٢).

ذهب الحنفية وهم الذين يفرقون بين الفساد والبطلان إلى أن الشرط التقييدي ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل. وذهب غيرهم من الفقهاء وهم الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان ويقولون: إنهما واحد إلى أنه قسمان: صحيح وباطل أو صحيح وفاسد.

النوع الأول: اشتراط صفة قائمة بمحل التصرف وقت صدوره وهذا النوع متفق على جوازه عند الفقهاء، فإن فات هذا الشرط يكون للمشترى الخيار لفوات وصف مرغوب فيه كاشتراط كون البقرة المشتراة حلوبًا.

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ١٤٥ – ١٤٨.

⁽٢) قال الشيخ الإبياني: الشرط ينقسم إلى ثلاثة أقسام: صحيح مفيد، وفاسد، ولاغ.

فالصحيح: ما كان من مقتضيات العقد كشرط نقد الثمن أو ليس من مقتضياته، ولكن يلاثمه ويؤكد موجبه كشرط أخذ كفيل بالثمن إذا استحق المبيع مثلًا، أو لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن جرى العرف به، وذلك مثل الشروط التي تؤخذ على أرباب الصنائع، كما إذا تعاقد شخص مع غيره ليصنع له بذلة مثلًا، واشترط عليه أن تكون بصفة غصوصة فإنه جائز؛ لأن العرف قد جرى بذلك أو لا يقتضيه العرف، ولكن ورد الشرع بجوازه، وذلك كشرط الخيار في البيع، فهذه كلها من أنواع الشرط الصحيح، ومفيدة شرعًا، ومن التزم بها يجب عليه الرفاء بها تعهد به.

النوع الثاني: اشتراط ما يقتضيه العقد وجوازه أيضًا محل اتفاق عند الفقهاء؛ لأنه بمثابة تأكيد المقد، ومن أمثلته ما لو اشترط في الشراء النسليم إلى المشتري فإن البيع يصح؛ لأن هذا الشرط من مقتضيات العقد، ومنها أيضا اشتراط الرد بالعيب ورد العوض، فإنها أمور لازمة لا تنافي العقد، بل هي من مقتضياته.

النوع الثالث: اشتراط ما يلاثم مقتضى العقد وهذه عبارة الحنفية.

قال صاحب البدائع: فهذا لا يقتضيه العقد ولكنه يلائم مقتضاه فهو لا يفسد العقد وإنما هو مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضات العقد.

وعبارة المالكية: اشتراط ما يلائم مقتضى العقدٍ ولا ينافيه.

وعبارة الشافعية والحنابلة: اشتراط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكنه يلائمه ومحقق مصلحة للماقد، ومثاله: ما لو باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً والرهن معلوم والكفيل حاضر جاز ذلك استحسانًا عند الحنفية وهو جائز أيضًا عند المالكية والشافعية والحنابلة.

النوع الرابع: اشتراط ما ورد في الشرع دليلٌ بجوازه.

النوع الخامس: اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس وقد ذكر هذا النوع متأخرو الحنفية، وهو مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه لكن للناس فيه تعامل.

ومثاله: إذا اشترى نعلًا على أن يحذوها البائع أو جرابًا على أن يخرزه له خفًا فإن هذا الشرط جائز؛ لأن الناس تعاملوا به في البيع كما تعاملوا بالاستصناع فسقط القياس بعدم الجواز بتعامل الناس.

النوع السادس: اشتراط البائع نفعًا مباحًا معلومًا، وهذا عند الحنابلة، ومن أمثلته: ما لو باع دارًا واشترط على المشتري أن يسكنها شهرًا (١٠٠).

ويرتبط النظر إلى الشروط المقترنة بالعقود توسعة أو تضييقًا بالنظر إلى مدى حرية التعاقد المسموح بها في إنشاء العقود. وفي اعتقادي أن الفقه الإسلامي قد شهد تطورات واضحة في الاعتراف بهذه الحرية على النحو الذي يدل عليه ما أضافه متأخرو الأحناف في قبولهم لما أسموه بالشروط التي جرى بها التعامل بين الناس. ونشئ المقارنة بين الفقه الإسلامي وتطور النظر القانوني الغربي في هذا الإطار بعدى الحرية التي نعم بها المتعاقدان في فلسفة

⁽١) انظر: الموسوعة الفقهية: ٢٦/ ١١ - ١٢ .

الفقه الإسلامي. وأوضح ما قصدته من ذلك فيما يلي:

١ - من الثابت أن دور العقد في إنشاء الالتزامات دور ضيل في المجتمعات البدائية وفي المجتمعات البدائية وفي المجتمعات البدائية وفي المجتمعات الحرائية وفي المجتمعات العرجبه هذا النظام من خطط وسياسات حتى تضيق المساحة المتروكة لإرادتهم في تنظيم حياتهم .. لكن المجتمعات الإسلامية التي قادت التجارة العالمية لفترة طويلة قد شهدت تماظم دور المعقد في إنشاء الالتزامات ولم تقم السلطات الحكومية بالتقييد على الأفراد في إنشاء المقود المختلفة.

٢ - يلاحظ مؤرخو القانون الإنجليزي أن دور العقد في إنشاء الالتزامات قد بدأ في التطور في اشاء الالتزامات قد بدأ في التطور في هذا القانون ابتداء من القرن السادس عشر، وذلك بفضل عاملين: أولهما: الأهمية التي اكتسبها آتذاك المبدأ الخلقي القاضي بوجوب وفاء المرء بتعهداته للآخرين، والثاني: الظروف الاقتصادية التي أوجبت تقسيم العمل، مما أدى إلى زيادة حركة التبادل وكثرة المعاملات والتعاقدات إلى الوجوب القانوني.

٣ - حظي مبدأ سلطان الإرادة بالاعتراف والتقدير من جانب الفقهاء المسلمين لوضوح قاعدة: ﴿ أَرُواً إِ الْمُلْكِدُ ﴾ [المائدة: ١] ومدها إلى الوجوب القانوني منذ أول الأمر ونظرًا لكثرة المبادلات التي أوجبتها قيادة المجتمعات الإسلامية لحركة التجارة العالمية.

٤ - اعترف الفقهاء المسلمون للعقد بدور كبير في إنشاء الالتزامات في أنواع المعاملات والمبادلات التي تحدث بين الأفراد، دون فرض قيود على حريتهم في التعاقد. ولم يفرقوا في ذلك بين المتعاملين من التجار وغيرهم، ولا فرق عندهم في هذه الحرية بين المعاملات التي تتم داخل السوق أو التي تتم خارجه، كما أنه لا فرق عندهم بين أن يكون التعامل بالقرض أو البيع أو الصرف أو الإجارة أو غير ذلك من أنواع المعاملات التي نظم الفقهاء أحكام التعامل بها في المجتمعات الإسلامية.

 مدف الفقهاء المسلمون من تنظيم أحكام التعاقد والتبادل فيما تدل عليه عباراتهم إلى تحقيق الأمور التالية:

أ – التعاون بين الأفراد؛ إذ لا يستطيع كلِّ منهم أن يعيش بمعزل عن غيره كإنسان روبنسون كروزو أو حي بن يقظان فيما يعترف به الغزالي وابن خلدون. ولا يستطيع الفرد فيما نبه إليه الفقهاء أن يكتمني بعمله في الاستجابة لاحتياجاته المختلفة، ولذا وجب التعاون بين الأفراد عن طريق المبادلة والمعاوضة وسائر المعاملات الأخرى. ب - تحقيق مصالح الأفراد والمتعاملين طبقاً لأهدافهم وخططهم الخاصة؛ ذلك أن كل فرد منا لا يدخل في مبادلة أو معاملة إلا إذا رآما تحقق مصلحة. وعلى سبيل التوضيح فإن البائع الذي يبيع منزلاً له يرى مصلحته في أخذ النقود، على حين يراها المشتري في الحصول على المنزل. ولا يرى الفقهاء أن هناك جهة لها الحق في تقدير مصلحة الفرد المكتمل العقل في هذه الدنيا سواه. لذا فإنهم لا يجيزون لأحلي التصرف في ملك الغير إلا بإذن منه أو ولاية عليه.

ولعل في هذا ما يدل على أن الفقهاء قد أدركوا الأسس الشرعية والمنطقية التي يقوم عليها مبدأ حرية التعاقد فأطلقوا سلطان الإرادة في عقد العقود، ومنعوا أنحذ مال الغير إلا بطيب نفس منه، وأوجبوا على الفرد الالتزام بما ألزم به نفسه في التعاقد، ما لم يخالف هذا الالتزام أصلاً من الأصول الشرعية بتحريم حلال أو بحل حرام.

حرية التعاقد في القوانين الغربية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر:

حظي مبدأ حرية التعاقد في الغرب في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بقدر كبير من التقديس، وكان ذلك في ظروف القبول العام لنظرية الحرية الاتصادية التي دعا إليها أدم مسعيث، وساد النظر إلى حرية التعاقد وحرية التصرف في الملك باعتبارهما أهم مظاهر العربة السياسية. وتعني حرية التعاقد على وجه العموم: أن لكل إنسان بالغ رشيد عاقل الحرية الإزام نفسه بما يشاء من الالتزامات باتفاقه عليها مع غيره. ويصبح اتفاقه هذا ملزتا بما اتفق عليه، ولذا فإن نظر إلى حقيقة رضاه بما اتفق عليه، ولذا فإن الذي يوقع على عقد من العقود المكتوبة دون أن يقرأ ما فيه أو يعرف يصبح ملزمًا بجميع شروطه مهما كانت ظالمة أو ضارة. ويمكن القول بأن نهاية القرن الثامن يصبح ملزمًا بجميع شروطه مهما كانت ظالمة أو ضارة. ويمكن القول بأن نهاية القرن الثامن في التفاء الإرادات Freedom Of Contract وتقوم حرية التعاقد Freedom Of Contract في مفهومها التقليدي على عصرين؛ أولهما: إعمال نية المتعاقدين Intention وقصدهما، في القاضي في إجباره أحد العاقدين على تفيذ التزامه سوى أنه يلزمه بما ألزم به نفسه من قبل.

والثاني: حرية الاختيار Freedom Of Choice بمعنى حق الشخص في اختيار التزاماته في الإطار التنافسي العام للمجتمع. وتعني هذه الحرية من الناحية التطبيقية أنه لا يجبر أحد على التعاقد مم شخص لا يريده أو بشروط لا يقبلها. وقد استمر نجم هذه النظرية في الصعود حتى الربع الأخير من القرن التاسع عشر؛ حيث بدأ يتسرب الشك في سلامة بنائها، بفضل عدة عوامل؛ من بينها:

۱ – انتشار التعامل بالعقود النموذجية المكتوبة على شروطها، شرطًا، التي لا يمارس الأفراد عند التعاقد حريتهم في الاتفاق على شروطها، شرطًا، شرطًا، ولا يترك لهم من حرية سوى الموافقة على العقد بشروطه كلها أو عدم الدخول فيه. من ذلك أنك إذا رغبت في السفر على إحدى البواخر فستعطيك الشركة الناقلة تذكرة مدونًا بها عدد من الشروط التي فرضتها هذه الشركة لمصلحتها هي، وسواء قرأت هذه الشروط أو لم تقرأها فإنه يُقترض إطلاعك عليها ورضاؤك بها.

٢ - التفاوت الكبير بين أطراف التعاقد في القدرة على المساومة بفضل نمو الاحتكارات بين الكيانات الاقتصادية الفسخمة. وأدى الوعي بهذا التفاوت إلى توجيه النقد لنظرية حرية التعاقد. وإلى المناداة بوجوب التدخل التشريعي لحماية الطرف الأضعف في التعاقد. وصدرت بالفعل تشريعات عديدة تنظم حرية التعاقد وتفرض على المتعاقدين قواعد عامة يجب عليهم الالتزام بها في التعاقد، وأصبح القضاة مهيئين لقبول قيامهم بغرض التزامات معينة على إذا ما أطرأت بعض المتعاقدين، لإقامة العدل على وجهة، أو لفسخ العقد الأعذار التي لم تدر في خَلِد المتعاقدين عند التعاقد.

٣ - نمو الاتجاه إلى حماية المستهلك والعمل على إصدار التشريعات التي تحقق هذه الحماية. وعلى الرغم من اختيار الوسائل العقابية في كثير من هذه التشريعات لتحقيق هذا الهدف، فإن بعضها قد اتخذ أسلوب صياغة الالتزامات وفرضها على المتعاقدين لإعادة التوازن بين التزاماتهم ولحماية الطرف الأضعف منهم.

في الحكم ببطلان وقد يوضح هذا الأسلوب المنهجي ما أخذ به قانون اشتراط الإعفاء من المسؤولية عن الضرر.

وقد تراكمت هذه التدخلات التشريعية في مجال قوانين العمل والإيجار والانتمان والنشاط المصرفي حتى باتت تهدد أساس الرضا بالالتزام في التعاقدات ومشروعية الإلزام بأحكامها. ولذا عبر كثير من القضاة والمحامين في إنجلترا عن قلقهم من مغبة السير في هذا الانجاه.

عود على بدء:

آذان مجىء حزب المحافظين إلى الحكم في إنجلترا عام (١٩٧٦م)، وتغليب الاستجابة

للعوامل السابقة بانتصار جهود الداعين إلى حرية السوق، وتبع ذلك العمل على مراجعة كثير من الأحكام والمبادئ القانونية في ضوء هذه السياسة الجديدة. وقد أسفرت هذه المراجعة عن استعادة بعض الأرض التي كان مبدأ حرية التعاقد قد فقدها، وعن العودة إلى هذا النظام التنافسي الذي يتضمن مكافأة أصحاب الطاقات والكفاءات بقدر أكبر من المجازاة وتقديم عون أقل لغيرهم. ويرى أنصار هذه السياسة الجديدة أن حرية التعاقد أداة بالغة الأهمية لتحقيق كفاءة الأداء الاقتصادي، من جهة أن هذه الحرية هي التي تضمن إشباع احتياجات المستهلك وإنتاج ما يريده.

وفي رأي هؤلاء أن التدخل التشريعي لإسباغ الحماية على بعض أطراف التعاقد لا يحقق المقصود منه، وإنما يؤدي إلى عكس هذا المقصود. والمثال الموضح لرأيهم هذا أن قواعد تحديد الإيجارات قصد بها حماية مصالح المستأجرين، غير أن هذه القواعد قد صرفت القادرين على استثمار أمرالهم في مجال البناء إلى استثمارها في مجالات أخرى ذات عائد أفضل، وهو الأمر الذي يؤدي إلى ازدياد حدة البطالة والإضوار بهؤلاء الذين أراد القانون الممل على إسعادهم.

ويجب الاعتراف بجاذبية مثل هذه الحجج من الوجهة المنطقية، ومع ذلك فإن التدخل التشريعي لتنظيم المصالح المشروعة لأطراف التعاقد ما يزال من الأمور المقبولة، بل الضرورية، في ظروف وجود هذه الشركات العملاقة متعددة الجنسيات التي تستطيع فرض شروطها في كثير من التعاملات التي لا غني للجمهور عنها.

وقد يلخص الوضع الحالي لنظرية المقد في القانون الإنجليزي وما يماثله الإشارة إلى المحاولة المستمرة في هذا القانون للتوفق بين مقتضيات حرية التعاقد من جهة وبين ما توجه المصلحة الاجتماعية من جهة أخرى. وقد انتصرت القوى الاجتماعية والاقتصادية في ميل الميزان لصالح حرية التعاقد أول الأمر، وما لبث تغليب المصلحة الاجتماعية أن ظهر على السطح، في ظروف التشبع بالنزعات الاشتراكية ثم صار الأمر إلى التشبث أخيرًا بحرية التعاقد.

وإذا كان هذا هو الحال السائد في الغرب، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو ما موقف الفقه الإسلامي من حرية التعاقد وسلطان الإرادة؟

في الفقه الإسلامي:

جاءت التشريعات القرآنية منذ أول الأمر بوجوب الوفاء بالعقود وذلك في قوله تعالى:

﴿ يَتَأَيُّنُ ٱلْفَرِحَ مَامُنُواْ أَوْمُنُوْوَ ﴾ [المائنة: ١]، كما أوضحت هذه التشريعات المسؤولية المترتبة على التعاهدات في قوله تعالى: ﴿ وَأَوَقُواْ إِلَيْمَا إِنَّ ٱلْمَهْدَكُاتَ مَسْؤُكُ ﴾ [الإسراء: ٢١]، ومن جهة أخرى فقد أرست هذه التشريعات مبدأرضائية العقود، وذلك بقوله: ﴿ يَكَايُّهُا ٱلَّذِينَ مَامَنُواْ لَا تَأْكُمُ بِيَنِّكُمُ بِإِلْمُعِلِى إِلَّا أَنْ تَكُونَ يَحْمَرُهُ مِّنَ زَافِق فِيمَكُمْ ﴾ [الساء: ٢٩] ويفيد هذا العبد الأمور التالية:

- ١ الفرد حر في الدخول في أي عقد يشاء في حدود النظام العام والأصول الشرعية.
 - ٢ حق الفرد كذلك في التعاقد مع من يشاء أو في عدم التعاقد كذلك.
 - ٣ حق الفرد في تحديد آثار العقد الذي يرضى به، والشروط التي يختارها.
- خق الفرد في ابتكار أنواع العقود والمعاملات التي لا تصادم أصلًا شرعيًا، وذلك بناء على أن الأصل في المعاملات الإباحة، فيما أخذ به بعض الفقهاء.
- وجوب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين في تفسير عباراتهم وتحديد آثار اتفاقاتهم،
 وليس من حق القاضى على وجه العموم أن يجبر أحدًا منهم على التزام ما لم يلتزم به.
- ٦ وجوب وفاء المتعاقد بما رضي به والتزمه للطرف الآخر؟ لأنه قد ألزم نفسه بهذا الذي
 تحمّله.

وفي إيجاز، فإن الرضا في الشريعة الإسلامية كافي لإنشاء العقد، كما أنه هو أساس الالتزام ومستند الإجبار على تنفيذه، وهو الدليل على إفساح المجال أمام حرية الإرادة ما دامت لا تتناقض هذه الإرادة فيما اتجهت إليه مع أصل من أصول هذه الشريعة أو قاعدة من قواعدها أو مصلحة من المصالح المعتبرة فيها.

ولعل ترتيب المرحوم أحمد إبراهيم هو أول من أثار قضية حرية الإرادة من الوجهة المقارنة بين الفقه الإسلامي وبين التفكير القانوني الغربي، وتستفاد هذه الأولوية من عنايته بالرد على هؤلاء الذين انتقدوا إثارته لهذه المسألة في الدرس الفقهي، باعتبار أن الفقه الإسلامي قد اعترف بحرية هذه الإرادة منذ بداية تطوره، ولم يتحول من الأخذ بالعقود الشكلية إلى إطلاق سلطان الإرادة، كما هو الحال في القوانين الغربية.

ويرد المرحوم أحمد إيراهيم على هذا الاعتراض بأنه لا وجه له، بل يرى أن المقارنة بين الفقه والقانون في مجال حرية الإرادة هو الواجب لبيان سمو الشرع الإسلامي الذي رفع بأحكامه قدر الإنسان وجعله في المستوى اللائق بإنسانيته ولم يموه على الناس بأشكال وأوضاع وتقاليد كلها أوهام في أوهام.

القول بتقييد سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي:

انتقد البعض تصوير سلطان الإرادة على هذا النحو من الحرية في الفقه الإسلامي، ورأى أن الإرادة لا سلطان لها في هذا الفقه بناء على ما قرره الفقهاء من أن العقود أسباب شرعية جَعْلة لأحكامها.

ومعنى هذه القاعدة الفقهية أن لكل عقد شرعي آثاره الخاصة ومقتضاه الذي حدده الشارع، سواء رضي العاقدان بهذه الآثار والمقتضى أو كَرِهَا ذلك، ولا تتمثل حرية العاقد إلا في حقه الدخول في العقد أو تجنب ذلك، فإن دخل في العقد لم يملك وقف شيء من نتائجه وآثاره.

ويرى كولسون في تحليله لنظرية العقد الفقهية: أن مجال حرية الإرادة في الفقه الإسلامي ضيق محدود، بناء على أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد هو البطلان، وأن الاستثناء هو الحكم بالصحة. ويوضح رأيه هذا بالإشارة إلى أن التعامل بالبيع يجب ألا يتضمن معه اشتراطاً آخر يزيد على أحكامه المحددة شرعاً أو ينقص من هذه الأحكام. وفي رأيه أن الفقهاء أصروا على معلومية التعاقد ونفي أي احتمال لجهالت، ولذا لم يوافقوا على اقتران البيع باشتراط يزيد به أو ينقص منه القول بإطلاق سلطان الإرادة في الفقه والأدلة عليه.

وفي رأي عدد كبير من الباحثين المحدثين أنه لا صحة للزعم القاضي باتجاه الفقه الإسلامي الم يتفيد سلطان الإرادة، استنادًا إلى قاعدة أن جعل الأحكام بإرادة الشارع أو إلى تضييق مجال الشروط المقترنة بالعقد. ذلك أن جعلية الأحكام بإرادة الشارع تصف السبب البعيد للالتزام التعاقدي، على حين أن السبب المباشر لنشأته هو إرادة الأطراف، يوضمه أن الفقهاء المسلمين يتحدثون بصوت واحد عن نسبة تأثير الأسباب في المسببات إلى الله تلالي فقل، غير أن المسلمين يتحدثون بصوت أو احد عن نسبة تأثير الأسباب، إن من يكسر شيئًا أو يقتل أحدًا النام بمنعهم من ربط المسؤولية والالتزام بهذه الأسباب، إن من يكسر شيئًا أو يقتل أحدًا للنظام الذي خلق الله الكون عليه. غير أن الفقهاء حينما يتحدثون عن المسؤولية فإن هؤلاء الفقهاء لا يترددون في إلحاقها بفاعل الكسر أو القتل. وكذلك فإن أحكام العقد ترجع إلى الله تقلق المتعاقدين باعتباره المشرع لهذه الأحكام، ولكنها ترجع كذلك إلى إرادة المتعاقدين باعتباره أنهم هم الذين مارسوا التماقد، وهم الذين يتحملون تنانجه ووجوب الالتزام بأحكامه.

أما الشروط المقترنة بالعقد فليس البطلان أصلاً والصحة استثناءً، طبقًا لما زعمه كولسون من جهة أن جمهور الفقهاء قضوا بتصحيح الشروط المتضمنة لمنفعة أحد الطرفين الصحيحة في عرف التعامل أو في الشرع، شريطة ألا تخالف أصلًا من الأصول الشرعية؛ فقد توسع الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، ولم يبطل عندهم إلا ما خالف أصلًا من أصول الشريعة، وهو ما يؤكد إطلاق سلطان الإرادة على النحو الذي ترد الإشارة إليه فيما بعد.

ويجب القول بإطلاق سلطان الإرادة في مجال التعاقدات في الفقه الإسلامي للأدلة التالية:

١ - كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء العقد؛ إذ تتعقد العقود في الفقه الإسلامي بالإيجاب والقبول المعبرين عن الرضا، دون حاجة إلى أي إجراء شكلي أو إجراءات معينة أو طقوس خاصة، كما كان الحال في القانون الروماني، ويدل الاستناد إلى الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول في إنشاء العقود على إطلاق سلطان الإرادة.

وقد نص الفقهاء على مبدأ رضائية العقود. من ذلك ما ذكره الزنخاني بقوله: 3 الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد اتباع التراضي المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿ كِتَأَيُّهُمُ النَّوِيَّ مَا مَنُوا لاَ تَأَكُمُ النَّوِيِّ مَا مَنُوا لاَ تَأَكُمُ النَّوَكُمُ بِيَنْصِيْمُ مِلْتَبَلِيلُ إِلَّا أَنْتَكُوْتُ عَلَيْهُ اللَّهِ اللَّهُ الْمَنْدُنِيُّ مَنْ اللَّهُ الْمَنْدِينَ عَلَيْهُ اللَّهُ اللَّ

٢ - إيجاب النصوص الشرعية الوفاء بالعقود والعهود مطلقًا. من ذلك قوله تعالى: ﴿ وَالَوْفُوا بِالْسَهَدِ إِنَّ الْسَهَدَ كَانَ مَاسُتُوا الْوَشُوا الْمُشَعِدِ ﴾ [السادة: ١]، وقوله: ﴿ وَالَّوْفُلُ إِلْسَهَدُ إِنَّ الْمَهَدُ كَانَ مَاسُدُونَ ﴾ [السادة: ١]، وقوله: ﴿ وَالَّوْفُلُ إِلَيْمَةُ إِنَّ الْمَهَدُ كَانَ مَلَكُ لَكُ وَالنَّحَدُ اللَّهُ اللَّهَ اللَّهُ اللَّهُ وَقَلَ مَعَلَدُ اللَّهُ وَاللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ عَلَيْكُ أَنَّ اللَّهُ يَعْلَمُ اللَّهُ عَلَيْكُ إِنَّ اللَّهُ عَلَيْكُ إِنَّ اللَّهُ عَلَيْكُ أَلَى اللَّهُ عَلَيْكُ إِنَّ اللَّهُ عَلَيْكُ اللَّهُ عَلَيْكُ اللَّهُ عَلَيْكُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ اللَّهُ عَلَيْكُمْ أَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ أَلَا لِمَنْعَالَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَى اللَّمَ عَلَيْكُمْ أَلَا اللَّهُ عَلَيْكُمْ أَلِي اللَّهُ عَلَيْكُمْ أَلِي اللَّهُ عَلَيْكُمْ أَلِي اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ أَلِي اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ أَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ أَلِي اللَّهُ عَلَيْكُمْ اللَّهُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُونُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَى اللَّهُ عَلَى الْعَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَى اللَّهُ عَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَى الْعَلَى الْعَلَى الْعَلَالَ عَلَى الْعَلَالَ عَلَى الْعَلَالَةَ عَلَيْكُمْ عَلَى الْعَلَالَةُ عَلَى الْعَلَالَةُ عَلَى الْعَلَالَةُ عَلَى الْعَلَى اللَّهُ عَلَيْكُمْ عَلَى الْعَلَالَةُ عَلَى الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ عَلَى الْعَلَالِي الْعَلَالَةُ عَلَى الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ عَلَى الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ الْعَلَيْكُمْ الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمْ الْعَلِيلُولُوا الْعَلِيلُولُوا الْعَلْمُ الْعَلَالُهُ الْعَلَالَةُ عَلَيْكُمُ الْعَل

٣ - القاعدة الفقهية: أن « العبادات إذن والمعاملات طلق » أي على الإباحة. ومفاد هذه القاعدة أن العبادة لا تكون عبادة إلا بإذن الشارع، ولا يصح لهذا إقامة عبادة بقياس أو بغير نص يشرعها، بخلاف المعاملات التي لا يشترط لصحتها سوى عدم ورود النص بحظرها وتحريمها. ويتضح من تتبع النظر الفقهي في المعاملات أنهم لم يتوقفوا في الحكم

بالصحة عند المعاملات القائمة أيام الصحابة أو النبوة أو عند أي عصر آخر، بل ظلوا ينابعون المعاملات والأعراف السائدة في التعامل ويحكمون بصحة أي معاملة تَنجِذُ في المجتمع ما لم تناقض أصلاً من الأصول الشرعية. ولذا تراهم بيبحّون بيع الوفاء وبيع الاستغلال وأنواعًا كثيرة من المشاركات التي لم تكن موجودة في فترة تطور الفقه الأولى.

٤ - المصلحة العامة والفردية من القواعد القطعية اليقينية التي يستند إليها في استنباط المحكم الشرعي، ولا يشترط في المصلحة لاعتبارها سوى ألا يكون الشارع قد أهدرها، وتدور أحكام المعاملات مع المصالح الاجتماعية والفردية، ولا يمتنع لهذا عند كثير من الفقها، أن يشترط أحد العاقدين شرطاً فيه منفعة له ما لم يخالف هذا أصلاً من الأصول الشرعية، ويرجع اعتبار العرف في التعامل إلى قاعدة المصلحة، حيث يحظى العرف بالقبول العام في المجتمع للتأكد من تحقيقه للمصالح الفردية والاجتماعية.

ويشهد لاعتبار العرف والمصالح في المعاملات في الفقه الإسلامي هذه القواعد الفقهية التالية:

- العادة محكَّمة. ولذا لو كانت العادة الجارية احتساب النقل على البائع لزم أن يكون مكان التسليم في محل المشتري، ولو كانت العادة احتساب الضمان على الشركة المنتجة لسلعة من السلم فترة من الوقت لزم ذلك.
 - استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
 - المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.
 - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
 - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

وتشير هذه الشواهد إلى اتساع مجال الإرادة في إنشاء العقد والالتزام في التشريع الإسلامي؛ ولذا كان من حق الزوجة – فيما أخذ به الحنابلة – أن تشترط على زوجها عند العقد ألا يتزوج عليها وألا ينقلها من بلد معين وأن يتخذ لها مسكناً بوصف معين، وإلا حق لها طلب التفريق إذا خالف الاتفاق ولم يف لها بما اشترطت عليه.

ويصح للمشتري اشتراط تأجيل الثمن وتقسيطه، ويلزم البائع الوفاء بهذا الذي اشترطه، ويصح الاتفاق على مكان التسليم ونوع الثمن ومقداره، ويلزم الطرفين الوفاء بما اتفقا عليه، ما لم يخالف ذلك أصلًا شرعيًّا، وهذا هو معنى قوله ﷺ: ﴿ إِنْ أَحِنَّ الشروط أَنْ تُوفُوا بِهِ

ما استحللتم به الفروج ^(۱).

الآثار والنتائج المترتبة على إطلاق سلطان الإرادة:

من أهم ما ترتب على الاعتراف بهذا الدور للإرادة في العقود في الفقه الإسلامي الأمور التالية:

الأول: اعتبار القصود والمعاني في النظر إلى طبيعة التعاقد وتحديد حكمه. ولذا لو انفقا على وكالة نظيرَ عوضٍ كانت إجارة، وتطبق أحكامها ولو انفقا على هبة بشرط الثواب كانت بيعًا.

الثاني: الرجوع إلى نية العاقدين في تفسيز اتفاقهما. ولذا لو أعطاه مالًا للعمل به في النياب واقتسام الربح، كان العمل المقصود هو التجارة، لا الإنتاج، ولو اشترى قماشًا وشرط عليه أن يخيطه ثوبًا حمل ذلك على بيع وإجارة، ولو اتفقا على مُهْر بعشُه مؤجلً لم يكن لها أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها قبل دفعه القدر المؤجل من المهر؛ لأنها رضيت بتأجير المطالبة.

الثالث: جواز إنشاء عقود غير مسماة لم يَجْرِ بها التعامل أيام النبوة، من ذلك العقد الذي قد يصح إطلاق عنوان * التأمين التعاوني * عليه. صورته: ما حدث في فترة متأخرة في المغرب من اتفاق تجار البز (الثياب) فيما بينهم على إنشاء صندوق لتعويض ما قد يعرض لأحدهم من خسارة بسبب حريق أو سرقة، على أن يجري تمويل ذلك من زيادة درهم واحد على كل ثوب بيبعه المشتركون في هذا الصندوق. غير أن الحاكة قد انزعجوا من هذا الترتيب لإحساسهم بأنه يؤدي إلى رفع سعر القماش وتقليل الإقبال على شرائه، فرفعوا قضية يطالبون فيها بإبطال مثل هذا الاتفاق، وقد حكم القاضي بعد تدبر بتصحيح هذا الاتفاق شريطة ألا يجبر أحد على الدخول فيه (").

 (عادة ۲۲۲): الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان به نفع لأحد العاقدين أو لآدمى غيرهما فهو قاسد.

والشرط الذي لا نفع فيه لأحد العاقدين ولا لآدمي غيرهما فهو لغو (٣) غير معتبر والعقد

⁽١) مسند الإمام أحمد بن حنيل: ٤/ ١٥٠ برقم: ١٧٤٠٠.

⁽٢) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ٧٢ - ٨٤.

⁽٣) في طبعة دار الفرجاني و لغيرهم ٤. والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

الذي يكون مقرونًا به صحيح(١).

الشرط الفاسد: هو ما يبقى التصرف معه صحيحًا إما لأن المشترط أسقطه أو يبقى التصرف معه صحيحًا سواء أسقطه المشترط أو لم يسقطه. وبهذا يتين أن هذا الضرب قسمان:

أحدهما: ما يحكم معه بصحة التصرف إذا أسقطه المشترط، وقد ذكره المالكية في أقسام الشرط الباطل.

وضابطه عندهم اشتراط أمر يناقض المقصود من البيع أو يخل بالثمن فيه أو يؤدي إلى غرر في الهبة، فأنواعه على هذا ثلاثة.

مثال اشتراط أمر ينافي المقصود من البيع: أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع أو لا يهب، ونحو ذلك فإن هذا الشرط إذا أسقطه المشترط فإن البيم يصح.

ومثال اشتراط أمر يخل بمعلومية النمن وشيوع الجهالة بالثمن بأن يؤدي إلى جهالة فيه بزيادة إن كان من المشتري؛ كشرط السلف، أو نقص إن كان من البائع؛ كميع وشرط سلف من أحدهما؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول فهذا الشرط إن حذفه المشترط صحرالعقد.

ومثال اشتراط أمر يؤدي إلى غرر، في الهية: ما لو دفع إلى آخر فرسًا ليغزو عليه سنين وشرط الواهب أن ينفق الموهوب له على الفرس في تلك السنين، ثم تكون الفرس ملكًا للمدفوع له فلا يجوز ذلك للغرر.

أما القسم الثاني وهو: ما يحكم معه بصحة التصرف سواء أسقطه المشترط أم لم يسقطه فإنه يتناول الشروط الباطلة التي تسقط ويصح معها التصرف عند الحنفية، والشروط الباطلة التي يصح معها التصرف عند المالكية والشروط الفاسدة التي يصح معها التصرف عند الشافعية والحنابلة، وقد سبقت ضوابط ذلك.

ومثاله كما في البدائع: لو شرط أحد المزارعين في المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصييه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل؛ لأن هذا الشرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب

(١) قال الشيخ الإبياني في شرح هذه المادة: الشرط الفاصد هو الذي لا يتنشيه العقد ولا يلانمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لاجنبي، أو لمبيع هو من أهل الاستخفاق، ولم يكن جرى العرف به، ولم يود الشرع بجوازه وهذا يؤثر على عقد المعاوضات الفساد عند أي حنيفة خلاقًا لماك، مثل ما إذا باع شخص بيئًا وشرط على المشتري أن يسكنه شهرًا!

. والسُّرط الذي لا نفع فيه لأحد، لا للعاقدين ولا لغيرهما من أهل الاستحقاق يعتبر لغوًا، ولا يؤثر على العقد المفترن به مطلقًا، سواه كان من عقود المعاوضات أو غيرها، بل نكون صحيحة مثل العقود التي لم تقترن بشرط.

107

70 العقود: تعليقها بالشرط - إضافتها إلى المستقبل

الفساد؛ وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد. في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد؛ فالعقد جائز والشرط باطل.

سي حصد عد يومر مي المصدة عصد عمل والسراء بس. ومنه كذلك اشتراط البراءة من العيوب أو من الاستحقاق، فإذا باع عرضًا أو حيوانًا على البراءة من العيوب، ثم اطلع المشترى على عيب قديم فيه كان له رده ولا عبرة بشرط

البراءة. ومن هذا القسم اشتراط ما يخالف أو ينافى مقتضى العقد دون الإخلال بمقصوده

وهذا النوع ذكره المالكية والشافعية والحنابلة.

ومن أمثلته عند المالكية: ما لو اشترط رب الوديمة على المودع ضمانها فلا ضمان عليه إذا تلفت في محل لا ضمان عليه فيه؛ لأن يد المودع يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي كالوديمة التي هي من الأمانات فلا يضمن إذا لم يجر التعدي، فيلغى الشرط وتصح الوديعة.

ومن أمثلته عند الشافعية ما لو قال: أعمرتك هذه الدار سنة فعلى الجديد لو قال مع قوله: أعمرتكها فإذا مت عادت إليَّ أو إلى وارثي فكذا هي هبة وإعمار صحيح في الأصح، وبه قطع الأكثر ون كما في الروضة فيلغو ذكر الشرط.

ومن أمثلته عند الحنابلة: ما لو اشترط في المضاربة أن لا خسارة عليه، أو شرط أنه متى نفق المبيع وإلا رده فهذا الشرط لا يبطل البيع.

الفَصِٰلُالثَّانِیٰ

في بيان العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي لا يصح اقترانها وتعليقها به

 (مادة ۲۲۳): كل ما كان مبادلة مال بصال كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال لا يصح اقتراته بالشرط الفاسد و لا تعليقه به بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به.

ومثل ذلك: إجازة هذه العقود فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به.

تقدم أن الشرط ينقسم إلى ثلاثة أقسام: صحيح، ولاغ، وفاسد.

فالصحيح معتبر، ويجب مراعاته كما سبق. واللاغي يعتبر كالمعدوم. وأما الفاسد فيؤثر على بعض العقود بالفساد دون بعض، والأصل في ذلك أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع وما لا فلا، كالهبة.

الأصل في التعليق بالشرط وأن كل ما يمكن تمليكه في الحال لا يصح تعليقه بالشرط، ولا إضافته إلى المستقبل.

وينبني على ذلك أنه لا يصح اقتران عقد البيع والشراء والإجارة والاستنجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال بالشرط الفاسد، وكذا لا يصح تعليقه به.

فلو قال شخص الآخر: بعتك أرضي مثلاً بألف جنيه بشرط أن أزرعها سنة يكون العقد فاسدًا. قالوا: لأن الشرط الفاسد زيادة خالية عن العوض، فيفضي إلى الربا، ولأنه يفضي إلى الربا، ولأنه يفضي إلى المناملات إلى المنارعة في المعاملات قطع النزاع. ولذلك نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط والمراد به الفاسد، وكذا لو علق إجارة بيته على حصول شيء غير محقق يمكن وجوده؛ لأن الأصل في مشروعية البيع دفع حاجة المشتري بأخذ المبيع ليتضع به. والعقد المعلق لا يفيد ذلك. ولأنه قد يفضي إلى النزاع بتغير الاسعار هذا هز رأي أبي حنيفة. وخالفه مالكً.

(مادة ٣٣٤): ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال، أو كان من عقود النبرعات كالهبة والقرض، أو من التقييدات كعزل الوكيل والحَجْر على الصبي من التجارة فإنه يصح مع اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط و لا يصح تعليقه بالشرط بل يبطل العقد إن تعلق به.

وكذلك الرهن والإقالة تصح باقترانها بالشرط الفاسد، ويبطل الشرط ولا يصح تعليقها بالشرط.

ما تقدم هو حكم عقود معاوضة المال بالمال بالنسبة لاقترانها بالشرط وتعليقها به.

العقود التي تتضمن مبادلة المال بغيره كعقد الزواج والخلع على مال وعقود التبرعات كالهبة والقرض الذي هو في حكم التبرع والتقييدات كمزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة فإنه يصح اقتران ما ذكر من هذه العقود بالشرط، ويلغو، ولا يؤثر فيها الفساد؛ لأن النص إنما ورد في البيع والشرط، فيقتصر فيه على عقد المعاوضة، ولا يصح تعليق هذه العقود بالشرط ويفسد الشرط ويصح العقد.

● (مادة ٣٢٥): ما كان من الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها، أو من الالتزامات التي يحلف بها كحج وصلاة يصح تعليقه بالشرط ملائمًا كان أو غير ملائم، ويصح مع اقترائه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط.

وكذلك الوكالة والإيصاء والوصية يصح تعليقها بالشرط الملائم وغير الملائم وتصح مع اقترانها بالشرط الفاسد، ويبطل الشرط.

ما كان من الإسقاطات المحضة؛ مثل الطلاق الذي هو رفع قيد الزواج بلفظ مخصوص والعتاق وتسليم الشفعة بعد ثبوتها ولزومها، وما كان من الالتزامات التي يحلف بها عادة مثل الحج والصلاة فإنه يصح تعليقها بالشرط الملائم وغيره، وكذا تصح مع اقترائها بالشرط؛ فإن كان الشرط صحيحًا وجب العمل به وإن كان فاسدًا صحت هذه العقود المذكورة ولغا الشرط طالفاسد.

...

 (مادة ٣٢٦): الحوالة والكفالة يصح تعليقهما بالشرط الملائم ويصحان مع اقترانهما بالشرط الفاسد ويلغو الشرط، وكذلك ما كان من الإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة.

يصح أيضًا عقد الحوالة الذي هو نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه

العقود: تعليقها بالشرط - إضافتها إلى المستقبل ==

مع تعليقها بالشرط الملائم، وكذا الكفالة التي هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة. ويصحان أيضًا مع اقترانهما بالشرط الفاسد، ويلغو الشرط كما سبق.

وكما تجوز الحوالة والكفالة مع التعليق بالشرط والاقتران به كذلك يصح تعليق كل ما كان

من قبيل الإطلاقات بالشرط واقترانه به، وذلك مثل الإذن للصبي بالتجارة، فلا يبطل الإذن بالتعليق، ولا يفسد باقترانه بالشرط الفاسد، وإنما يلغو الشرط فقط.

______17,

الغَضِلُالثَّالِثُ

في العقود التي يصح إضافتها إلى وقت مستقبل والتي لا يصح إضافتها إليه

(مادة ۲۲۷): ما لا يمكن تمليكه في الحال وما كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات
 يصح إضافته إلى الزمان المستقبل، وذلك كالإجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والمضاربة
 والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والمتاق والوقف والمارية
 والإذن في التجارة للصبي ونحوه.

فالأصل في الإضافة إلى المستقبل أن كل ما لا يمكن تمليكه في الحال يصح إضافته إلى المستقبل. وكذا كل ما كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات يصح إضافتها إلى الزمن المستقبل، وذلك مثل الإجارة وفسخها، والمزارعة وفسخها، والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف والعارية. وكذا الحكم في الإذن للصبي بالتجارة ونحوها.

(مادة ۲۲۸): كل ما كان تمليكًا في الحال فلا تصح إضافته إلى الزمان المستقبل، وذلك كالبيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والإبراء عن الدين.

كما يصح أن يقال: أجَّرت لك يبتي سنة بمبلغ كذا ويقبل المستأجر، يصح أيضًا أن يقال: أجرت لك يبتي سنة من أول شهر شوال العقبل فيقبل المستأجر، وحيننذ يكون ابتداء المدة من أول الشهر المضاربة والوكالة. وأما كل المشهر المضاف إليه العقد. وكذا يقال في العزارعة والمستقبل، وذلك مثل البيع وأحاقته إلى المستقبل، وذلك مثل البيع وإجازته والقسمة؛ لأنها مبادلة كالبيع والشركة والهبة وعقد الزواج والصلح على مال والإبراء عن الدين. فإذا قال شخص لأخر: بعتك البيت بعد شهر أو كان عقد البيع موقوفًا كأن ع صبي معيز بيتًا فقال وليه: أجزت البيع غدًا لم يصح ذلك، وكذا يقال فيما بعده. وقال مالك: بصحة البيم المضاف إلى زمن معلوم.

111 -----



الغَصِٰلُ الأوَّلُ

فى خيار الشرط

 (عادة ٣٢٩): يجوز أن يشترط في العقد أو بعده الخيار بفسخه أو إمضائه في مدة ثلاثة أيام لا أكثر في العقود كلها إلا في الوقف والكفالة، وللمحتال بالدين فيجوز فيها في أكثر من الثلاث وتعتبر مدة الخيار من وقت العقد لو كان الشرط فيه فلو بعده من و ...

الخيار في اللغة: اســم مصــدر مـن الاختيار، ومعنــاه طلــب خيــر الأمريــن، أو الأمــور. أما (الشرط) بسكون الراء فمعناه اللغوي: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وبفتحها: العلامة، والجمع أشــراط، والاشتراط: العلامة يجعلها الناس بينهم.

أما في الاصطلاح فقد قال ابن عابدين: ﴿ إِن خيار الشرط مركب إضافي صار علمًا في اصطلاح الفقهاء على: ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ ١٠٠٨.

والأصل فيه ما روي أن حيان بن منقذ بن عمر و الأنصاري 4 كان يغبن في البياعات فقال له النبي ﷺ: ﴿ وَحِينَلَدُ يَصِح أَن يَشْتَر طُ اللهِ وَعِينَلَدُ يَصِح أَن يَشْتر طُ أَحد المتعاقدين لنفسه الخيار في العقد أو بعده فيخير بين إمضائه وفسخه. وشرط الخيار قبل حصول العقد غير معتبر. ومدة الخيار ثلاثة أيام في جميع العقود التي يثبت فيها لا أكثر على الصحيح، للحديث المتقدم؛ ولأنها هي التي جعلت لإبلاء الأعذار وهو رأي أبي حنيفة وأبي وسف.

إلا أنه إذا زادت المدة عنها واختار فيها صح عند أبي حنيفة لزوال المفسد قبل تقرره خلافًا لزفر؛ لأنه وقع فاسدًا فلا ينقلب صحيحًا، ولكن استثنى من ذلك ثلاثة أشياء: الوقف والكفالة والحوالة، فيجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام، ولعل ذلك لاحتياجها

(١) انظر: الموسوعة الفقهية : ٢٠/ ٧٧ .

⁽٢) المستدرك على الصحيحين للحاكم : ٢/ ٢٦ برقم: ٢٢٠١.

777 ----- العقود: أنواع الخيارات

إلى عظيم التروي ولأن جواز شرط الخيار في الوقف هو رأي أبي يوسف. ويروى أنه مع محمد في جواز كون المدة أكثر.

وقال محمد ومالك: يجوز أن تكون المدة أكثر من ثلاثة أيام بشرط أن تكون المدة معلومة، كما روي عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أنه أجاز الخيار إلى شهرين. ولأن الخيار شرع للتروي لدفع الغين وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فأشبه التأجيل في الثمن.

ولكن أبا حنيفة لم يوافق على ذلك؛ لأن شرط الخيار مخالف لمقتضى المقدوهو اللزوم. وإنما جاز على خلاف القياس للنص المتقدم، فيقتصر على مورده فتتفي الزيادة ولا يصح قياسه على اشتراط الأجل في الثمن؛ لأنه للقدرة على الحصول عليه، وذلك يدعو إلى طول المدة. وحديث ابن عمر ليس بنص في خيار الشرط فيحتمل أن يكون في خيار الرؤية أو العيب. وتعتبر المدة من وقت حصول العقد إن كان الشرط فيه وإن حصل بعده يكون الخيار من وقت صدوره لا من حين المقد.

وهذا يتفق مع ما ورد في مادة (vo) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان والتي تنص على ما يلي: « مدة خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل، فإن شرط أكثر منها فسد البيع، إلا إذا أجاز من له الخيار البيع في الإيام الثلاثة ».

والفوائد العملية لخيار الشرط كثيرة، من بينها احتياط العاقد لنفسه بالتروي والتمهل قبل لزوم العقد. وقد يحتاج المتعاقد لدراسة ظروفه وقدرته على الوفاء بأحكام العقد بعد الزام الطرف الآخر نفسه بهذه الأحكام فشرع اشتراط الخيار لهذا. ويطلق عليه بعض الفقهاء خيار التروي لهذه الفوائد. ويحقق اشتراط الخيار دفع الغين عن العاقد كذلك، فيما يفيده الحديث السابق الذكر.

ويذكر فقهاء الأحناف: أن خيار الشرط شرع على خلاف القياس؛ إذ يقتضي القياس أن المعاوضات لا تحتمل التعليق على الشرط، وخيار الشرط من شأنه أن يعلق العقد. وإنما ثبت على خلاف القياس بحديث رسول الله على لحيان بن منقل، وللحاجات العملية التي ألجأت إليه. وإنما يسلم بالفوائد العملية لخيار الشرط ويثبوته بحديث النبي اللهن لكن لا يسلم بأنه على خلاف القياس أو على سبيل الاستثناء من الأصول؛ إذ الثابت أن أحكام العقود العالية تقبل الوقف والتعليق على الإجازة وعلى إزالة الشرط الفاسد، وليس خيار الشرط هو السبب الوحيد لوقف أحكام العقود العالية فدل على أنه أصل هو الأخر، وأنه لم يشرع على سبيل الاستثناء، حتى لا يقاس عليه.

وقد أنكر الظاهرية والثوري وابن أبي شبرمة خيار الشرط؛ لأن الأصل في العقود هو اللزوم ولم يرد في النصوص ما يدل على جواز اشتراط الخيار. وردوا حديث حبان ابن منقذ بأنه ليس صحيحًا أو أنه خاص به.

وقت اشتراط الخيار ومدته:

يجوز اشتراط الخيار في العقد ذاته، كأن يقول: اشتريت منك كذا على أني بالخيار ثلاثة أيام ووافق الآخر. ويصح كذلك الاتفاق عليه بعد العقد ولو بأيام؛ كأن يأتي أحد العاقدين بعد البيع بأسبوع أو أكثر فيبدي تردده في العقد، ويوافق الطرف الآخر على جعله بالخيار فترة معينة، فيصح مثل هذا الاتفاق ويكون لمن اشترطه الخيار كما لو كان قد شرطه في العقد.

ولا خلاف بين الفقهاء على جواز اشتراط الخيار ثلاثة أيام فأقل لقوله 激養 لحيان بن منقذ: «إذا بايمت فقل: لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام ». أما ما زاد على ثلاثة أيام فلا يجوز عند أبي حنيفة وزفر والشافعية، بناء على أن ثبوت خيار الشرط لم يكن على وفق القياس فلا يزاد على ما ثبت بالنص؛ ولأن الحاجة إليه تتحقق في هذه المدة، ويفسد المقد عند أبي حنيفة وزفر، ويعود صحيحًا إذا زال سبب الفساد ورجعا إلى المدة المحددة إذ أجازه أثناءها. أما عند كالمعدوم لا تلحقه الإجازة.

ومذهب الحنابلة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن: أن للعاقدين اشتراط مدة الخيار إلى أي وقت يتفقان عليه، شريطة أن يكون الوقت المتفق عليه معلومًا. وهذا هو ما ترجع في المادة (٣٠) من المجلة العدلية، ولفظها: « يجوز أن يشرط بفسخ البيم أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر ». ولكن لو كانت مدة الخيار غير معلومة فإن البيع بفسد، ومقتضاء أن يصير إلى الصحة إذا عينها العاقدان قبل انقضاء المجلس، لزوال المفسد قبل تقرره. ولا يشترط في مذهب الإمام مالك تعيين مدة الخيار أو تقييده بمدة معينة، ويجوز عندهم الخيار المطلق عن تحديد المدة، ويرجع إلى القاضي عند التنازع، فيحدد مدة الخيار بالرجوع إلى العرف والعادة؛ إذ العرف فيه تقدير معين لمدة الخيار تختلف باختلاف ظروف السلمة والتعاقد، فمدة الخيار في شراء فاكهة غير المدة المقدرة للخيار في شراء منزل فيرجم إلى العرف في هذا التقدير.

والأمر في القانون المدني الأردني طبقًا لما جاء في المادة (۱۷۷) بصحة خيار الشرط لأي مدة ينفق عليها الطرفان ويعينانها، أخذًا بمذهب الحنابلة وأبي يوسف ومحمد. أما إذا لم يتفق ٦٦٢ --- العقود: أنواع الخيارات

الطرفان على مدة الخيار وأطلقاها عن التوقيت فيجوز هذا الخيار في هذا القانون كذلك، ويرجم فيه إلى العرف والعادة أخذًا بمذهب المالكية في هذا الجانب.

عقود اشتراط الخيار:

لا يجوز اشتراط الخيار في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ ولو بتراضي الطرفين. كالنكاح والخلع؛ لأن أحكامهما لا تقبل التعليق أو الفسخ بتراضي الطرفين.

كذا لا يصح اشتراط الخيار في العقود الغير اللازمة كالهبة والوصية والوكالة والإعارة لعدم الفائدة حيث يجوز الرجوع في هذه العقود؛ لأنها غير لازمة، ولا يصح اشتراط الخيار كذلك في عقدي السلم والصرف؛ لمناقشة اشتراطه لمقتضى هذين العقدين، فمقتضى عقد السلم قبض الثمن في مجلس العقد، كما يشترط في الصرف قبض البدلين في المجلس إيضًا، ويقتضى اشتراط الخيار تأجيل التقابض فلم يجز لهذا.

من يثبت له الخيار:

يجوز اشتراط الخيار لأحد العاقدين أو لكليهما، ولكلَّ منهما الحق في الرجوع عن العقد مدة الخيار المتفق عليها. ويجوز الاتفاق كذلك على أن يكون الخيار لشخص أجنبي عنهما، كما يجوز أن يكون الخيار لأحد العاقدين ولطرف ثالث معه، بحيث إذا رده أحدهما انتقض وإذا أجازه أحدهما جاز. أما إذا رده أحدهما وأجازه الأخر فإن العبرة برأي السابق منهما.

وآثار خيار الشرط عديدة منها:

١ – عدم لزوم العقد بالنسبة لمن له الخيار أثناء المدة المتفق عليها، وله الحق في فسخ العقد أو إمضائه في هذه الأثناء، أما إذا مضت المدة ولم يمارس حقه في فسخ العقد فإنه يلزمه.

٢ - يصح فسخ العقد أثناء المدة المتفق عليها بالنسبة لمن له الخيار، بالقول الدال على الرغيار، بالقول الدال على الرغة في فسخ العقد أو بالفعل المعبر عن ذلك، شريطة إعلام الطرف الآخر به منما للضرر؛ فقد يركن إليه ولا يبحث عن مشتر آخر لسلعته اعتمادًا على أنه قد رضي بالمقد، فيتمين إعلامه بالفسخ، واشتراط العلم في الفسخ الإمضائه مذهب أبي حنيفة ومحمد، أما الشافعي وأبو يوسف فلا يشترطانه.

٣ - لا يخرج البدل من ملك صاحبه المشترط للخيار، ولو اشترط الطرفان الخيار في عقد من عقود المعاوضات المالية لم يخرج البدلان من ملك صاحبهما، أما إذا اشترط أحدهما الخيار فلا يخرج ماله المعقود عليه عن ملكه، ولكن لا يدخل مال الآخر في ملكه.

توضيحه: أن محمدًا إذا باع متر لا بمائة ألف لعلي، واشترط كل منهما الخيار لنفسه شهرًا فإن الثمن والمتزل يظل كل منهما على ملك صاحبه أما إذا كان علي هو الذي اشترط الخيار وحده فإن الثمن يظل على ملك صاحبه المشترط للخيار، ويخرج المنزل عن ملك صاحبه مدة الخيار، حتى لا يستطيع التصرف فيه هذه المدة، لكن لا يدخل في ملك على حتى يجتمع البدلان في ملكه، وهذا هو رأي أبي حنيفة والمختار في المادة (١٧٨) من القانون المدني . الأردني.

٤ - يتحول ألعقد إلى اللزوم بمضي مدة الخيار المتفق عليها، أو بالتعبير عن الرغبة في إجازته قبل مضي هذه المدة، وتكون الإجازة بالفعل أو القول الدال عليها صراحة أو دلالة، كالتسليم والإقباض والدخول في الإجراءات، ولا يشترط في الإجازة علم من لم يشترط الخيار؛ للزوم العقد في حقه من قبل وعدم حدوث ما يغير هذا اللزوم بالإجازة.

 م يسقط الخيار بموت من اشترطه خلال المدة المتفق عليها، ولا ينتقل هذا الحق إلى ورثته من بعده؛ لأنه مشيئة وإرادة تتعلق بشخص المتوفى فلا ينتقل إلى الورثة.

وهذا هو مذهب الأحناف والحنابلة وما أخذبه القانون المدني الأردني في مادته (۱۸۳)، أما مذهب الشافعية والمالكية فيقضي بأن خيار الشرط لا ينتهي بموت من اشترطه وينتقل إلى ورثته، لتعلق هذا الخيار بالأموال، وهي محل للميراث''،

...

(مادة ٣٣٠): خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة، كالبيع، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنسًا، والصلح عن مال، والرهن، والكفالة، والحوالة، والإبراء، والوقف، والإقالة، والخلع، وفي ترك الشفعة بعد الطلس, الأولين. ".

لا يجوز اشتراط الخيار في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ، ولو بتراضى الطرفين

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي ادراسة فقهية مقارنة؛ د. محمد سراج ص: ١٧٧ - ١٨١.

⁽٣) قال الشيخ محدزيد الإيماني: وتجار الشرط بيت في بعض العقود دون بعض فيشت في العقود اللازمة التي تنضيخ بالفسخ، ولا يطلها الغراف كاليح والإجازة والساقاة التي هي دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من تمره، والمزارعة التي هي تسليم الأرض إلى من يزرعها بجزء من الحالزج منها، وقسمة القيميات المتحدة الجنس والمختلفة جشاء لا تقدم تعالى عام على المارات بخلاف قسمة المثلوات فإن القسمة فيها قسمة إفراز.

[.] وكذا يبت خيار الشرط في الصلح على مال، وفي الرمن والكفالة والخوالة والإيراء من الدين على المشهور، والوقف على رأي إن يوسف، والإنالة التي همي قسنة العقدي والخلام والطلاق على مال بالنسبة للمرأة؛ لأن ذلك معاوضة بالنسبة =

كالنكاح والخلع؛ لأن أحكامهما لا تقبل التعليق أو الفسخ بتراضي الطرفين، وإنما يصح اشتراط الخيار في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ بتراضي الطرفين كالبيع والإجارة وغير ذلك مما ورد في المادة.

وتنفق هذه المادة مع المادة (٤٩٧) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على ما يلي: • يجري خيار الشرط في الإجارة كما جرى في البيع، ويجوز الإيجار والاستئجار على أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما مخيرًا كذا أيامًا ».

يعني: يجري خيار الشرط في الإجارة سواه أكانت إجارة ملك أو وقف، كما جرى في البيع بمقتضى المادة (٢٠٠)، ويجوز الإيجار والاستئجار على أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما مخيرًا كذا يومًا، أي أن يكون في مدة معلومة مخيرًا في فسخ الإجارة وإمضائها.

مثلًا: لو قال المستأجر: استأجرت هذه الدار بمائة قرش شهريًّا على أني مخير في قبولها بذلك ثلاثة أيام صح؛ لأن الإجارة لما كانت تفسخ لأسباب كالإقالة فشرط الخيار فيها صحيح.

وفضاً عن ذلك فإن حيار الشرط قد جعل للتروي والتفكير، وكل من الآجر والمستأجر في حاجة إلى التروي والتفكير في الإجارة قبل إبرامها؛ لأن الخيار شرط في البيع بالتروي، فكذا في الإجارة؛ لأنها تقع بغتة من غير سابقية تأمل، فيمكن أن يقع غير موافق، فيحتاج إلى الإقالة فيجوز اشتراط الخيار فيها.

♦ (عادة ٣٣١): خيار الشرط لا يصبح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهجة والوصية.

لا يثبت خيار الشرط في العقود التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل، كالنكاح والطلاق والخلع بلا مال، لعدم احتمال الفسخ، ولا في وكالة ووصية وهبة لعدم لزومها، فلا فائدة في الشرط، ولا في صرف وسلم؛ لأن القبض لازم فيهما.

وكذلك لا يصح في الإقرار؛ لأنه إخبار، فلا يقبل الخيار، ولكن إذا أقر بعقد بيع وقع بالخيار، فيصح باعتبار العقد إن صدقه المقر له، أو أقام البرهان على ذلك.

•••

⁼ إليها، وفي تسليم الشفعة بعد الطلين: طلب المواثبة، وطلب الإشهاد.

(مادة ٢٣٢): يصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين، أو لأحدهما دون الآخر،
 أو لأجنم (١٠).

يصح خيار الشرط للمتبايعين معًا، أو لأحدهما، أو لغيرهما، مع ثبوت الخيار لهما مع ذلك الغير، في المبيع كله أو بعضه، أثناء العقد وبعده.

وخيار الشرط جائز في البيع، وهو يمنع ابتداء الحكم، ويكون للمتبايعين منا، ولأحدهما، ولو كان وصبًّا، أو وكيلًا، ولغير الباتع والمشتري، كما إذا اشترى على أن يكون الخيار لغيره، ويثبت للمتعاقدين الخيار مع ذلك الغير.

وشرط صحة الخيار أن يكون أثناء العقد أو بعده، ولا يصح شرطه قبل العقد، مثل أن يقول: جعلتك بالخيار في البيم الذي تعقده، ثم اشترى مطلقًا لم يثبت الخيار.

وخيار الشرط يكون في المبيع، سواء كان البيع صحيحًا أو فاسدًا، وفائدته في البيع الفاسد أنه لو كان الخيار للبائع، أو له وللمشتري، وقبضه المشتري بإذن البائع لا يدخل المبيع في ملك المشتري مم أنه لو لا الخيار لملكه بالقبض.

ويكون في المبيع كله أو بعضه كثلثه أو ربعه، فيما لو كان المبيع متعددًا، وشرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري؟

● (عادة ٣٣٣): إذا جعل في عقود المعاوضات المالية خيار الشرط لكل من العاقدين فلا يخرج البدلان عن ملكهما، وإن جعل خيار الشرط الأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه، ولا يدخل مال الآخر في ملكه.

يصح أن يكون الخيار لمن ذكر في كل المبيع أو بعضه كثلثه أو نصفه، وإذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج البدلان عن ملكهما، ما دام الخيار موجودًا، فإذا سقط خيار واحد منهما خرج بدله عن ملكه، وإذا كان المشتري هو الذي سقط خياره والبائع باق على خياره وهلك المبيع في يد المشتري كان مضمونًا عليه بالقيمة إن كان قيميًّا، وبمثله إن كان مثليًًا؛ لأن العقد انفسخ بهلاك المبيع فيضمنه، كالمقبوض على سوم الشراء، وإن جعل الخيار لأحدهما دون الآخر فلا يخرج ماله عن ملكه، ولا يدخل مال الآخر في ملكه؛ لأنه لا يجوز

⁽١) قال الشيخ الإيباني: خيار الشرط يصح أن يجمل للمشتري أو للباتع أو لكل منهما أو لأجنبي، ولمن جعل الخيار لأجنبي الحق في الفسخ أيضًا، وهو ظاهر.

⁽٢) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعيان المادة (٥٦).

اجتماع البدلين في ملك واحد، هذا هو رأي الإمام.

وقال الصاحبان: يدخل مال من لم يكن له الخيار في ملك من له الخيار؛ وذلك لتلا يكون سائبة، ولا سائبة في الإسلام، والسائبة هي التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق ملك وتعلق الملك موجود هنا؛ لأن من له الخيار حقه متعلق به، والسائبة هي الناقة التي يطلق سراحها لترعى حيث شاءت، ولا يجوز لأحد أن يتعرض لها، وكان ذلك موجودًا في الجاهلية، ونسخ بالإسلام، وثمرة الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه تظهر في مسائل، منها: ما لو اشترى إنسان فريه، الذي هو رحم محرم منه كأخيه وكان له الخيار دون البائع، فلا يعتق على قريبه عند اللهمام ويعتق عليه عند الصاحبين، لدخوله في ملكه، وفي الحديث: * من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ء"\.

ومنها: ما لو باع شخص شيئًا لآخر فاشترط المشتري الخيار لنفسه دون البائع وقبضه، ثم أودعه عند البائع وهلك عنده في مدة الخيار، فعلى قول أبي حنيفة يهلك من مال البائع، لارتفاع القبض بالره، ويهلك على المشترى بقيمته لصحة الإيداع عندهما؛ لأنه ملكه.

(عادة ٣٣٤): ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار إذا فسخه من له الخيار قولًا أو فعلًا
 في المدة المعبنة له، ويشترط علم الآخر في المدة في الفسخ القولي لا الفعلي.

والمراد بالفسخ القولي أو الفعلي: كل قول أو فعل يصدر ممن له الخيار دالًا على فسخ لعقد.

من شرط لنفسه الخيار، فله أن يفسخ العقد المشروط فيه الخيار، وله أن يمضيه في المدة المعينة له، والفسخ بكون بالقول كقول من له الخيار: أبطلت العقد أو فسخته، ويكون بالفعل بأن كانت العين المبيعة أرضًا والخيار للبائع فوقفها أو وهبها أو باعها.

ويشترط في صحة الفسخ القولي علم العاقد الآخر به، فلو لم يعلم فلا يكون الفسخ معتبرًا؛ لأنه يترتب عليه الضرر، لعدم تمكنه من العمل بموجب الفسخ، كأن يطلب مشتريًا أخر في صورة ما إذا كان الخيار للمشتري، أو يمتنع من التصرف في العين في حالة ما إذا كان الخيار للبائع، فلا بدمن علمه حتى يحتاط لنفسه، فلا يلحقه الضرر، كعزل الوكيل ونَهْي المضارب عن العمل في مال المضاربة، وينبغي لصاحب الخيار أن يأخذ من العاقد الآخر كفيلاً يكون نائبًا عنه ليرجع عليه إذا غاب، فإذا لم يعين وكيلاً وغاب، وفع صاحب

⁽١) نصب الراية: ٣/ ٢٧٨.

الخيار الأمر إلى القاضي ليعين له وكيلًا يرد عليه.

وقال بعضهم: لا يصح إقامة وكيل؛ لأنه جعل الأمر لنفسه، والأول ظاهر، هذا هو رأي أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يشترط في الفسخ القولي العلم؛ لأن الشرط قد حصل برضاه وموافقته عليه، فصار مسلطا على الفسخ، فلا يتوقف على علمه، مثل الفسخ بالفعل، فإنه لا يشترط فيه العلم اتفاقًا، قالوا: لأنه أمر حكمي، وهو لا يشترط فيه العلم، ومقتضى ما تقدم من دليل أبي حنيفة ومحمد أنه لا بد من العلم هنا أيضًا؛ لأن الفعل كالقول، من حيث إنه أمر اختياري بكلاف الاضطراري كالموت.

والفسخ القولي يكون بكل عبارة تدل عليه كقول من له الخيار: فسخت العقد أو أبطلته أو رجعت عنه، وكذا الفسخ الفعلي يجوز حصوله بأي عمل يدل على الفسخ، بأن تصرف الذي له الخيار تصرفًا يكون نصًّا في الفسخ كالهبة والوقف في صورة ما إذا كان الخيار للبائع فوهب المبيع أو وقفه، وكردًّ العين المبيعة، وطلب الثمن، والتصرف فيه تصرف الملاك في حال ثبوت الخيار للمشتري.

•••

♦ (مادة ٣٣٥): العقد المشروط فسيخه بالخيار يتم ويلزم إذا أجازه من له الخيار في المادة المعينة قولًا أو فعلًا ولو لم يعلم الآخر، والإجازة القولية أو الفعلية هي: كل قول أو فعل يدل على رضا من له الخيار بلزوم العقد(١٠).

خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه قيمته، وخيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه ثمنه، ولا يخرج شيء من مبيع أو ثمن إذا كان الخيار لهما.

ذلك أنه إذا كان خيار الشرط للبائع فإن العبيع لا يخرج عن ملكه؛ لأن الخيار يمنع الحكم، وهو نقل الملك، فإن هلك في يده انفسخ البيع، وإن تعيب بغير فعله خير المشتري

(۱) قال الشبخ الإيباني: كما جاز الفسخ بالقول والقمل يجوز أيضًا أن تكون إجازة العقد الذي فيه عيار الشرط بالقول والقمل، ولا يشترط في صحتها علم العاقد الآخر معالمًا، سواء كانت بالقول أو القمل؛ لانتفاء الضرر، بها أنه لا إلزام فيها، والإجازة بالقول تكون بكل عبارة تدل على يطال حقه في الفسخ، كان يقول المشتري مئلاً: أجزت شراء الميم إن شت أخذ، أو رضيت أخذه، أو أهفيت العقد، وكذا الإجازة القعلية تكون بكل عمل يدل على تنفيذ العقد بأن تمرف في البدل تعرف الملاك كأن كان الميم أرضًا فوقفها المشتري في صورة ما إذا كان الحيار له، أو كان الشين يما فوهيا أنه لم تعرف آخر. بين الأخذ بكل الثمن أو الترك، وإن تعيب بفعله سقطت حصة المعيب من الثمن.

وإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه فهلك في يده، فإن كان في مدة الخيار، فعليه قيمته يوم قبضه؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفًا، ولا نفاذ بدون بقاء المحل، فبقي المبيع مقبوضًا في يد المشتري على سوم الشراء، وفيه القيمة؛ لأن المقبوض على سوم الشراء فيه القيمة، وإن كان قبضه على سوم النظر بأن يقول له: هاته حتى أنظر إليه أو أريه غيري، فغير مضمون مطلقًا؛ لأنه لا يكون رضًا بالشراء بالثمن المسمى، أما لو استهلكه المشتري، فإنه يضمن قيمته، وإن كان الهلاك بعد مضي مدة الخيار بلا فسخ فعليه ثمنه لسقوط الخيار.

وإذا كان الخيار للمشتري فإن المبيع يخرج عن ملك البائع؛ لأن البيع في جانبه لازم، فإذا قبضه المشتري وهلك بيده فعليه ثمنه؛ لأن الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب يمنع الرد، فيملك وقد انبرم البيع، ويلزم الثمن.

وإذا خرج المبيع عن ملك البائع لا يملكه المشتري عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يملكه؛ لئلا يصير سائبة لا مالك لها، ورد أبو حنيفة بأن السائبة هي التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق ملك، والتعلق موجودهنا، وهو عُلقةٌ المِلْكِ للبائع، إذ قد يردُّ عليه فيعود إليه حقيقة ملكه، وعُلقة مِلْك للمشترى إذ قد يسقط خياره فيكون له.

وإذا كان الخيار للبائع والمشتري، لا يخرج شيء من مبيع أو ثمن من ملك كل منهما اتفاقًا، وأيهما فسخ في المدة انفسخ البيع، وأيهما أجاز بطل خياره، وصار العقد بأثّا من جانبه والآخر على خياره، فإن أجاز تم العقد، وإن فسخ بطل، وإن لم يوجد فسخ و لا إجارة حتى مضت المدة، لزم البيم(").

(عادة ٣٣٦): إذا كان الخيار مشروطًا لكل من العاقدين فأجازه أحدهما سقط خياره وحده، وبقي خيار الآخر ما بقيت المدة، فإن كان أحدهما قد فسخه فليس للآخر إجازته، وإن أجازه فلا تعتبر الإجازة، سواء سبقه الفسخ أو الإجازة (أ) أو وقعا معًا، أو فعل ما يدل على رضا من لد الخيار بلزوم العقد.

لو كان الخيار لكل منهما فأجاز أحدهما دون الآخر بطل حقه في الفسخ، وبقي الآخر

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨٨).

⁽٢) • سواء سبقه الفسخ أو الإجازة ؟ ساقطة من طبعة دار الفرجاني والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

على خياره، وإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطلت الإجازة وصح الفسخ مطلقًا، سواء كان قبل الإجازة أو معها أو بعدها، ولا فرق في ذلك بين القولي والفعلي، فإن كان قبلها فلأن المقد قد بطل بالفسخ فلا يقبل الإجازة، وإن كان معها أو بعدها فلأن المجيز قد بطل حقه في الفسخ ويقي حق الآخر فيه، فيمكنه استيفاؤه؛ لأن العقد الجائز قد يفسخ، والمفسوخ لا يجاز.

جاه في المادة (٥٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أنه:

 إذا أجاز من له الخيار صحت إجازته ولو مع جهل صاحبه، فإن كان الخيار لهما وفسخ أحدهما فلس للاخو الإجازة.

فإن كان الفسخ بالقول فلا يصح إلا إذا علم الآخر في المدة، فإن لم يعلم لزم العقد، أما إن كان الفسخ بالفعل صح بلا علم الآخر ».

توضيحه: أن من شرط له الخيار بائمًا كان أو مشتريًا أو أجنيًا فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة تحصل بأحد ثلاثة أشياء: بأن يقول: أجزت، أو بموته في مدة الخيار؛ لأن خيار الشرط لا يورث، فيكون العقد بموته نافذًا، أو بأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ، ومن جانب المشتري تحصل الإجازة بأحد هذه الأمور الثلاثة، أو بأن يصير المبيع في يده إلى حال لا يملك معها فسخه، كهلاك المعقود عليه وانتقاصه.

والإجازة من البائع أو المشتري جائزة، ولو بغير حضرة الطرف الآخر، فإن كان الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة؛ لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة.

والفسخ يكون بالفعل وبالقول:

فالفسخ بالفعل، كأن يتصرف البائع في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كبيعه له، أو أن يكون الثمن عبناً فيتصرف المشتري فيه تصرف الملاك، فإن العقد ينفسخ، سواء في ذلك حضور الآخر وعدم حضوره؛ لأنه فسخ حكمي، والشيء قد يثبت حكمًا وإن كان يبطل قصدًا.

والفسخ بالقول: بأن يقول البائع أو المشتري: فسخت، فإن كان ذلك بعلم الآخر انفسخ المقد اتفاقًا، وإن كان بغير علمه فلا يجوز الفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ولزم العقد؛ لأنه تصرف في حق الغير، وهو العقد بفسخه، وهو لا يخلو عن المضرة؛ لأنه إن كان الخيار للبائع وفسخ بدون علم المشتري، فالمشتري ربما يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه، ٦٧٢ ---- العقود: أنواع الخيارات

فيازمه غرامة القيمة بهلاك المبيع، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن، ولا خفاء في كونه ضررًا، وإن كان الخيار للمشتري فالبائع ربما لا يطلب لسلعته مشتريًا، وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع، وفي ذلك ضرر لا يخفى، والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كعزل الوكيل.

وقال أبو يوسف: يجوز الفسخ بدون علم الآخر؛ لأن مَنْ له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه، وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجارة''.

♦ (مادة ٣٣٧): يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضى مدة الخيار، بدون فسخ و لا إجازة للمقد ممن شرط له الخيار.

خيار الشرط يبطل بمضي المدة بدون فسخ ولا إجازة، كما يبطل بالفسخ القولي والفعلي، فيتم العقد ويلزم بمضي مدة الخيار بدون أن يفسخ من له الخيار ولا يجيز، سواء علم بمضيها أو لم يعلم، بسبب حصول مرض أو إغماء؛ لأنه لم يثبت له الخيار إلا فيها، فلا بقاء له بعد مضيها، فيتم العقد ويلزم، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري.

...

(مادة ٢٣٨): يلزم العقد أيضًا بموت من له الخيار من المتبايعين في أثناء المدة قبل فسخه أو إجازته، ولا يخلفه " وارثه، فإن كان الخيار للمتبايعين ممًّا ومات أحدهما لزم العقد من جهته، ويبقى الحي على خياره إلى انتهاء المدة".

ورد في المادة (٦٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أنه:

" يتم العقد بموت من له الخيار، وبمضي المدة، ويطلب المشتري الشفعة بالمبيع إذا كان

وقال الشافعي ومالك: في المشهور عنه بشبوت الإرث في خيار الشرط والرؤية؛ لأنه حق لازم، وكل حق لازم يصح ف الارث.

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعيان المادة (٥٩).

⁽٢) في طبعة دار الفرجاني ا يحلفه والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

⁽٣) قال الشيخ الإيباني: وكذا يبطل خيار الشرط بموت من له الخيار من المتعاقديّن في أثناء المدة قبل فسحه أو إجازته، ولا فرق في قالك بين الباتع والمشتري أيضاً، فيم العقد بالموت فإقا كان الحيار المباتع مات لزم العقد، ومانا المشتري المبيح، وإذا كان المشتري له الحيار ومات تم العقد، وصلك البائع الشيء، وإنا كان الحيار لها ومات أحدهما تم العقد بالنسبة إليه، والآخر باق على خياره إلى انتهاء المدة، ولا يقوم ورثة الميت مقامه في خيار الشرط؛ لأنه بجرد إرادة ومشيخة، وهي تروث عل خيار الرؤية - بخلاف خيار العيب - وفوات الوصف المرفوب فيه.

الخيار له، وبكل تصرف لا ينفذ ولا يحل إلا بالملك ».

ذلك أن تمام العقد بحصول الإجازة بواحد مما ذكر في نص المادة، كموت من له الخيار بائمًا كان أو مشتريًا، أما موت غيرهما ممن شرط له الخيار فإن العقد لا يتم بموته، بل الخيار باق لمن شرط له، فإن أمضى العقد مضي، وإن فسخه انفسنح كما في الفتح.

وفي جامع الفصولين: لو كان الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره، وفيه أيضًا وكيل البيع أو الوصي باع بخيار، أو المالك باع بخيار لغيره، فمات الوكيل أو الوصي، أو للموكل، أو من باع بنفسه، أو من شرط له الخيار، يتم البيع عند محمد في كل ذلك؛ لأن لكل منهم حقًا في الخيار.

والجنون كالموت، ولا يخلف الوارثُ من مات على الخيار؛ لأن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال، وكذا لا يورث خيار الرؤية، وخيار التغرير، وخيار النقل؛ لأن الأوصاف لا تورث، أما خيار العيب والتعيين وفوات الوصف المرغوب، فيخلفه الوارث فيها، لا أنه يرث خياره؛ لأن المورث استحق المبيع سليمًا من العيب، فكذا الوارث، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء، لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار، وكذا لا يورث خيار المجلس وخيار الإجازة في بيم الفضولي.

ويتم أيضًا بمضي مدة الخيار قبل الفسخ؛ لأنه لم يثبت الخيار إلا فيها، فلا بقاء للخيار بعدها، وإن لم يعلم بمضي المدة لمرض أو إغماء؛ لأن المسقط هو مضي المدة من غير اختيار، لذا لو أفاق فيها وفسخ جاز (بحر).

كذلك يتم العقد أيضًا بطلب المشتري الشفعة بالمبيع وإن لم يأخذه، كما إذا اشترى دارًا بشرط الخيار له، وبيعت أخرى بجانبها، فبطلبه الشفعة بسبب الدار التي اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع، أما لو كان الخيار للبائع فإن خياره باق بعد طلب الشفعة؛ لأن ملكه باق بخياره، بخلاف المشتري؛ لأنه لا ملك له مع خياره، فطلب الشفعة دليل التملك.

كما يتم أيضًا بكل تصرف لا ينفذ ولا يحل إلا في الملك، كإجارة ولو بلا تسليم في الأصح، وبيع، ورهن، وهبة^(١).

_

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٦٠).

الفَضِلُالثَّانِيُ

فى خيار الرؤية وخيار العيب

(مادة ٣٣٩): حق فسخ العقد بخيار الرؤية بثبت من غير شرط في أربعة مواضع، وهي:
 الشراء للأعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت دينًا في الذمة، والإجارة، وقسمة غير المثلبات
 والصلح عن مال على شيء بعينه، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتمل الفسخ (١٠).

خيار الرؤية حق يثبت به للمتملك الفسخ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره، والإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب، إلى المسبب أي خيار سببه الرؤية.

وخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع؛ نظرًا للعاقد الذي أقدم على شراء ما لم يره، فربما

(۱) قال الشيخ الإبيان: اعلم أنه كما يثبت حق الفسخ بخيار الشرط بثبت أيضًا للمشتري الفسخ بخيار الروية، فهو من إضافة الشيء لسبه، وخيار الروية ثابت للمشتري دون البائع؛ لأنه ثبت بالحديث وهو قول ﷺ: • من اشترى ما لهره لله الخيار إذارة ه.

وهو وارد في الشراء دون البيع؛ لما روى أن عثمان بن عفان بناع أرضًا له بالبصرة من طلحة بن عبد الله، فقبل لطلحة: إنك قد غبنت، فقال: في الحيار؛ لأي اشتريت ما لم أره، وقبل لعثيان: إنك قد غبنت، فقال: في الخيار؛ لأي بعت ما لم أره، فحكم بينها جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة وكان بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم - ولم ينكر عل ذلك أحد منهم.

وقال الشافعي في المذهب الجديد: لا يصح العقد أصلًا قبل الرؤية؛ لأنه مجهول، وبيع المجهول غير جائز.

وقال مالك وأحمد بجوازه، ووافقهما كثير من الشافعية كالففال. وهو رأي عثمان وطلحة - رضي اللَّـه عنهما - ولأن الجهالة منتية ببيان جنسه ونوعه ووصفه، ولأنه لا يفضي إلى التزاع؛ لكون المشتري غيرًا بين الرد والأخذ، لجواز، معرفة جنسه وقدر، ووصفه ونحو ذلك من كل ما يرفع الجهالة، وإلا كان فاسنًا اتفاقًا.

لا يشترط لصحة البيع والشراء والاستجار والقسمة رؤية عمل العقد، حيث لا يشترط في المحل إلا أن يكون معينًا أو قبائه التميين، ولذللك يلزو في التعاقد عند عدم رؤية المحل أن يكون المغيرة حياء شيئة سعمة موصوفاً أو مشارًا إليه وهو حاضر مستور، كبيع فيء في غلاقة أو في وعائه، ولا يصح يع ما لم يعلم بوصفه ولا بالإشارة إليه، كما لو باع شيئًا في جيه، وذلك جمهالة الميمه، ولكن يصح أن يبعه الساعة التي في جيه أو سيارته البيضاء إن كانت له سيارتان إحداهما تذلك الاجا متعينة بمنا الرصف وهو الشرط.

ولا يستلزم التعيين العلم، فقد يكون المحل معيناً كهفه الساعة التي في جيبي ولكنها غير معلومة لك. ويحقق العلم ياتر إينة المؤمد محافضر وبراهو المذي تتنظيم به الجهالة للشيء الغائب، ولا يعملق عيار الروية بالمغروعات إذا كان عا يجري تميت بالرصف وجاء على وفاقه، أما إذا خالف المغورة عليه الرصف المثنق عليه فإن الخيار الثابات للمنتضر ر إنهم وخيار الخلف في الرصف لا خيار الروية.

والاتفاق بين العلماء على أنه لا يثبت خيار الرؤية في السلم؛ لأن المسلم فيه من المثليات التي تتمين بالوصف، ويشبهه كل ما يتمين بوصفه مما لا على فيه لخيار الرؤية، ولا يثبت حق الفسخ إلا إن جاه الممقود عليه على خلاف الوصف. لا يكون موافقًا له، فقد أباح له الشارع ممارسة حق الخيار بين فسخه أو الاستمرار فيه، وهكذا لا يحتاج خيار الرؤية إلى اشتراط عند جمهور القاتلين به، إلا المالكية فهو عندهم خيار إرادي يشترط في بيع الغائب أحيانًا تصحيحًا له.

وخيار الرؤية بالرغم من سلكه في عداد خيارات الجهالة هو من الخيارات التي يراد بها إتاحة المجال للعاقد ليتروى وينظر هل المبيم صالح لحاجته أو لاا"؟

وخيار الرؤية ليس ثابتًا في كل عقد، بل هو ثابت في أربعة مواضع لا غير:

الأول: شراء الأعيان التي يلزم تعيينها ولا تكون دينًا في الذمة، وهي القيميات؛ لأنها هي التي يكون للرؤية فيها فائدة، فإن لكل إنسان ميلًا مخصوصًا عند رؤية الأشياء المتفاوتة، فإذا أراد إنسان بيئًا مشيدًا ربما ينقبض منه، ويقول: هذا بيت غير مقبول عندي؛ لأبي لا أرى ميلًا إليه، وربما رآه آخر فسر به، بخلاف المثلى فإنه لا فرق بين قمح ونظيره مثلًا.

الثاني: المستأجّر، فإنه بمعنى المشتري والمنافع متفاوتة.

الثالث: قسمة القيميات فيثبت فيها خيار الرؤية؛ لأن قسمتها مبادلة، فكأن كل واحد من الشريكين اشترى نصيب صاحبه.

الرابع: الصلح عن مال على شيء معين كبيت، فالمصالح له خيار الرؤية، لأنه مشتر للعين بما فى ذمة المدين من المال.

وصرح في الفتح بأن محل خيار الرؤية كل عقد ينفسخ بالفسخ بخلاف ما لا ينفسخ به، فلا يثبت خيار الرؤية في مهر وبدل صلح عن قصاص؛ لعدم معنى الشراء، وينبني على ثبوت خيار الرؤية في الأحوال الأربعة المتقدمة ما يأتى:

 ١ – من اشترى شيئًا من الأعيان التي يلزم تعيينها ولم يره يكون له الحق في فسخ العقد وإمضائه عند الروية، إذا لم يتصرف فيه قبل الروية تصرفًا يمنع من الرد، بأن باع ما اشتراه أو وقفه أو نحو ذلك.

٢ - إذا استأجر إنسان عيناً ولم يرها ثبت له حق فسخ الإجارة وتنفيذها عند رؤية العين
 الني استأجرها.

من كانا شريكين في الأعيان القيمية المتحدة الجنس أو المختلفة، وتقاسما
 فيما هو مشترك بينهما يكون لكل منهما فسخ عقد القسمة عند رؤية نصيبه.

⁽١) انظر الموسوعة الفقهية: ٢٠/ ٦٤.

 إذا ادعى إنسان على آخر مالًا معينًا على شيء معين من القيميات ولم يره، يكون له الحق في إيطال الصلح وتنفيذه عند رؤية العين المصالح عليها.

وحق الفسخ مقيد بما إذا لم يوجد ما يبطله قبل الرؤية أو بعدها، كبيع أو هبة مع التسليم ونحو ذلك من التصرفات، ولكن الرضا القولي قبل الرؤية لا يبطل حق الفسخ؛ لأنه مترتب على الرؤية وهي لم توجد؛ ولأن الرضا إسقاط للحق والإسقاط لا يتحقق قبل النبوت.

وقد اختلف العلماء في حكمه، فمذهب الشافعية وبعض الفقهاء: أن العقد على ما لم يره المتعاقدان مما يتمين بالذات باطل، ولا مجال لثبوت خيار الرؤية في الأعيان المعقود عليها بذاتها طبقًا لهذا الرأي، وقد سبق الفرق بين ما يتمين بالذات وبين ما يتمين بالوصف.

ويثبت الأحناف والمالكية خيار الرؤية للمتملك كالمشتري في البيع، وكالمستأجر في الإجارة، والأصل فيه قوله ﷺ: « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، ™، ومن جهة المعقول فإن العلم النافي للجهالة لا يتحقق في كثير من الأحوال بمجرد الوصف، وإنما بالرؤية التي تفيد علمًا أشمل وأدق يتوقف عليه الرضا بالعقد.

وإنما يشبت خيار الرؤية بالشرع لا باتفاق الطرفين عليه، بخلاف خيار الشرط الذي يشبت بالتراضي والاتفاق، ولذا لو اشترى عينًا معينة بذاتها، ولم يكن رآها من قبل ثم رآها، فله الخيار في فسخ العقد أو إمضائه وإن لم يكن قد اشترط ذلك عند العقد¹⁷.

...

● (عادة ٢٤٠): من اشترى شبعًا لم يره من الأعيان التي يلزم تعيينها، أو استأجر شبعًا لم يره، أو قاسمه شريكه قسمة تراض مالًا مشتركًا من القيميات المتحدة أو المختلفة الجنس، ولم يكن رأى المال المقسوم أو صالح عن دعوى مال معين على شيء معين لم يره، فهو مخير في هذه الصور كلها - عند رؤية المبيع أو المستأجر أو الحصة التي أصابته في القسمة أو بدل الصلح - إن شاء قبل وأمضي العقد، وإن شاء فسخه ونقض القسمة، ولم حق الفسخ والرد قبل لرؤية وبعدها مالم يوجد، ما يبطله قبل أو بعد الرؤية أو ما يدل على الرضا بعد الرؤية لا لقبله.

ورد في المادة (٧٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أن:

⁽١) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٢٦٨ برقم (١٠٢٠٥).

⁽٢) نظرية العقد في الفقه الإسلامي و دراسة فقهية مقارنة و د. محمد سراج ص: ١٨٤.

١ من اشترى ما لم يره له الحق في إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته للمبيع،
 وليس له الفسخ إلا بعد علم البائع، ولا يكون هذا الخيار إلا في المعاوضات المالية.

- ٢ وهذا الخيار مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية.
 - ٣ وليس للبائع خيار رؤية إذا باع ما لم يره ٣.

وتوضيحها أن: من اشترى شيئًا لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذار آه، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده بعد رؤيته له، سواء رآه على الصفة التي وصفت له، أو على خلافها، مثل أن يشتري حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئًا، فله الخيار إذا رأى ذلك الشيء، ويسمى «خيار الرؤية » لقوله ﷺ ومن اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه، ١٠٠٠.

ولا يصح الفسخ من المشتري إلا بعد علم البائع بالفسخ، خوف غرر البائع، بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلعته مشتريًا آخر.

ويثبت خيار الرؤية في أربعة مواضع:

- في الشراء للأعيان اللازم تعيينها، ولا تثبت دينًا في الذمة، ولا يكون خيار الرؤية إلا في الشراء الصحيح.

- وفي الإجارة.

- وفي القسمة، وقسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاث: الشرط، والعيب، والرؤية، وكذا قسمة غير المثليات، كالثياب من نوع واحد، والبقر، والغنم، أما قسمة ذوي الأمثال كالمكملات والمهزونات يثبت فيها خيار العيب فقط.

- وفي الصلح عن دعوي المال على شيء بعينه.

وإنما يثبت خيار الرؤية في هذه الأشياء؛ لأن كلُّا منها معاوضة.

ويثبت خيار الرؤية مطلقًا غير مؤقت بمدة وهو الأصح، ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله؛ لأنه ثبت حكمًا؛ لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجدما يبطل عدم الرضا.

وقيل: هو مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره'''.

يثبت خيار الرؤية للمتملك على ما تقدم بالشروط التالية:

⁽۱) سنن البيهقي الكبرى : ٥/ ٢٦٨ برقم: ٠١٠٢٠٥

⁽٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعيان المادة (٧٣).

١ - أن يكون العقد مما يقبل القسخ برد البدل فيه، كالبيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال معين بالذات؛ كحيوانات وسيارات مستعملة وأشياء لا تتماثل آحادها، أما ما لا يقبل القسخ برد المال فيه كالزواج، فلا يثبت خيار الرؤية في المهر إذارأته الزوجة أو لا.

٢ - أن يكون متملكًا لا مالكًا، والمتملك هو الذي تنتقل إليه الملكية، لا الذي تنتقل عنه، وإنما يشت خيار الرؤية بهذا للمشتري لا للبائع، وللمستأجر لا للمؤجر، فمن باع شيئًا لم يره ثم رآه عند إقباضه إلى المشترى لم يكن له خيار الرؤية.

٣ - ألا يكون من يشت له الخيار قد سبق إلى رؤية المعقود عليه، سواء وقت العقد أو قبله
 بوقت لا يتغير فيه عادة، أما إذا كان قد رآه قبل العقد بوقت يسير أو وقت العقد فلا حق
 له في خيار الو وية معد ذلك.

٤ - أن يكون المعقود عليه مما يتعين بالتعيين، ولا يثبت دينًا في الذمة كبيت وحصان ومزال وكرسي، وعلى سبيل التوضيح: فإن من يشتري حصانًا لم يره ثم رآه كان له خيار الرقية، أما إذا كان اشترى شيئًا آخر لا يتعين بالتعيين كعشرين طنًا من القمح البلدي المتوسط النقاه، ثم رأى المشتري ما أراد البائع تسليمه إليه، فلا حق له في فسخ العقد، وإنما يحق له أن يرفض تسلمه ويطالب البائع بتسليم المعتقى عليه، فإذا عاد إلى مخالفة الوصف عاد إلى الرد عن يجبره على الموافقة، أما إذا كان المبيع عبنًا كفرس ولا يرضى بها المشتري، فإن ردها إلى المشتري لا يفيد سوى فسخ العقد؛ لأن استبدال المبيع بمثله غير ممكن؛ نظرًا لتفاوت آحاده واختلافًا بيئًا".

...

 ♦ (مادة ٢٤١): خيار الرؤية يبطل بتصرف من له الخيار في العين تصرفًا لا يحتمل الفسخ أو يوجب حفًّا للغير، كالبيع المطلق عن شرط الخيار للبائع والرهن والإجارة والهية، مع التسليم قبل الرؤية ويعدها.

فإن تصرف تصرقًا لا يوجب حقًّا للغير كالبيع بخيار للبائع، والهبة بلا تسليم العين الموهوبة للموهوب له يبطل الخيار بعد الرؤية لا قبلها، وكذلك يبطل بموت من له الخيار قبل الرؤية، ويلزم المقد فلا ينتقل الخيار إلى ورثته.

خيار الرؤية غير مؤقت بمدة معلومة؛ للحديث المتقدم، وينبني على ذلك: أن المشتري

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي و دراسة فقهية مقارنة ، د. محمد سراج ص: ١٨٥، ١٨٦.

. لو لم ير المبيع، أو رآه ولم يوجد منه ما يدل على الرضا فهو على خياره، فهذا الحق ثابت له، ما لم يتصرف فيما اشتراه، أو يصرح بالرضا به بعد الرؤية.

فإن تصرف فيه تصرفًا لا يحتمل الفسخ كالوقف، أو يحتمله ولكن يوجب حقًّا للغير كالبيع بدون خيار له بطل خياره، سواء كانت هذه التصرفات قبل الرؤية أو بعدها وكذا، يبطل بالتصريح بالرضا بعد الرؤية لا قبلها.

وقال بعض الفقهاء: يتوقت خيار الروية بالتمكن من الفسخ بعد الرؤية، فلو تمكن منه ولم يفسخ العقد بطل خياره، ولو لم توجد منه الإجازة صريحًا ولا دلالة؛ لأن سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع، بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار، والجهالة نزول بالرؤية، والخيار يسقط بزوال سبه، كخيار العيب، فإنه يسقط بزوال العيب.

والذي رجحه العلماء: أنه ثابت مطلقاً غير مؤقت؛ لمموم النص على أن جهالة الوصف ليست بعلة في ثبوت هذا الخيار، بدليل أنه لم يثبت لصاحبه الخيار قبل الرؤية لتعلقه به، وإنما ثبت له حق الفسخ قبلها لكون العقد لم يقع لازمًا، فيمتد إلى أن يوجد ما يسقطه، وهو التصريح أو التصرف.

وليس سقوط حق الفسخ بخيار الرؤية قاصرًا على ما ذكر، بل يسقط أيضًا بموت من له الخيار، فإذا اشترى أحد شيئًا ومات سقط خياره ولزم العقد، ولا ينتقل الخيار إلى الورثة؛ لأنه مجرد مشيئة فلا يورث.

وقال الشافعي: لا يسقط بل ينتقل إلى الورثة؛ لأنه حق لازم يثبت فيه الإرث.

وقد ورد في المادة (٨٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أن:

 تصرف المشتري في المبيع يسقط خيار الرؤية، ولا يرد المبيع إلا لعيب، وإن عاد المبيع للمشتري لا يعود الخيار ».

مثال ذلك: من اشترى صندوقًا به ثياب، ولم يره وقبضه، وباع ثوبًا منه أو وهبه، ثم رأى الباقي، ليس له أن يرد شيئًا منها إلا لعيب؛ لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه، فلو رد الباقي فقط، كان تفريقًا للصفقة على البائع قبل التمام وهو غير جائز؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام البيع، بخلاف خيار العيب، فإن الصفقة تتم معه بعد القبض، أما قبل القبض فإنه يمنع التمام.

ولو عاد إلى المشتري ما باعه أو وهبه، هل يعود خيار الرؤية؟ ذكر شمس الأثمة

السرخسي: أنه يعود، وله أن يرد الكل بخيار الرؤية؛ لارتفاع المانع من الأصل؛ وهو تفريق الصفقة، وعن أبي يوسف: لا يعود؛ لأن الساقط لا يعود إلا لسبب جديد، وصحح هذا القول قاضي خان، وعليه اعتماد القدوري(").

ويسقط خيار الرؤية على هذا لسبب من الأسباب التالية:

١ – التصرف في المحل تصرفاً يوجب حتًا الازماً للغير، كالتصرف بالهبة أو بالبع أو الرهن أو الإجارة، ويلزم العقد بأي من هذه التصرفات، سواء حدث قبل رؤية المعقود عليه أو بعدها، وفي المادة (٣٣٥) من المجلة العدلية ضبط هذا السبب، ونصها: " تصرف المشترى في المبيم تصرف الملاك يسقط خيار رؤيته ".

٢ - تعيب المحل في يد متملكه، كالمشتري، والمستأجر؛ لأنه لا يلزم البائع أن يأخذ المبيئ و عبد المستري، ولا فرق بين أن يكون العيب حدث بفعل المشتري، أو بنعل أجنى، أو بسبب لا دخل لأحد فيه.

 ٣- موت من له الخيار؛ لأن خيار الرؤية لا يورث، ويستوي أن تكون وفاته قبل الرؤية أو بعدها.

٤ - صدور ما يدل على رضا من ثبت له الخيار بالعقد وإجازته له بعد رؤية المحل، سواء جرى التعبير عن هذا الرضا صراحة أو دلالة، ولا يشترط الإسقاط الخيار بهذا إلا أن يحدث هذا الرضا بعد الرؤية لا قبلها، ومعا يدل على رضاه بالمحل بعد رؤيته طلبه الشفعة بسبب من جهة هذا المحل، ومنه كذلك انتفاعه به، أو استعماله، أو استهلاك بعضه (١٠).

♦ (مادة ٢٤٣): يثبت حق فسخ المقد بخيار العيب من غير اشتراط في المقد، فعن عقد سواء أو إجارة، أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك من القيميات، أو المثليات المتحدة أو الممختلفة الجنس، أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه، فله فسخ المقد ونقض القسمة بعنيار العيب إذا وجد في مشريه، أو في العين المستأجرة، أو في بدل الصلح، أو في الححصة التي أصابته من القسمة عيئا قديمًا لم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه، ولم يشترط البراءة من العيوب، فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ولزمه المقد والحصة التي أصابته في القسمة.

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨٢).

⁽٢) نظرية العقد في الفقه الإسلامي و دراسة فقهية مقارنة ؟ د. محمد سراج ص: ١٨٨.

العيب في اللغة: ما يخلو منه أصل الخلقة السليمة، مما يعد به الشيء ، ناقصًا، وشرعًا: ما ينقص القيمة عند أهل الخبرة الذين لهم دراية ومعرفة بقيمة الشيء الذي فيه العيب، فإذا رأى إنسان شيئًا وعقد عليه عقدًا من عقود المعاوضات، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يجده سلمًا بعد قيضة أو لا.

فإن وجده سليمًا لزمه أخذه، وإن وجده معيبًا فإما أن يشترط العاقد معه البراءة من كل عيب به أو لا.

وخيار العيب أو خيار النقيصة في اصطلاح المذهب المالكي: خيار ثابت بالشرع لا بالشرط والاتفاق، ومعناه: الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البدلين، وعلى الرخم من التسليم بثبوت خيار العيب من جهة الشرع، فإن الكاساني يشير إلى ثبوته كذلك بشرط المتعاقدين دلالة؛ لأن سلامة محل العقد مطلوبة للعاقد وإن لم يصرح بها؛ لأنه لا يتمكن من الانتفاع بهذا المحل إلا بتحقق هذه الصفة (السلامة من العيوب) فصار كأنه اشترطها دلالة، ويختلف خيار العيب: الثابت بالشرع وبالشرط دلالة عن خيار الرؤية خيار العيب الذي يقبله، ويجوز فيه الإنقاق على إسقاطه.

والأصل في مشروعية حيار العبب ما روي أن النبي ﷺ قال: • ولا يحل لمسلم إن باع من أعيه بيمًا فيه عبب أن لا يبينه له ١^{٠٠،}، وقد روى مسلم: أن النبي ﷺ مر برجل يبيع طعامًا فأدخل يده فيه فإذا به مبلول، فقال: • من غشنا فليس منا ١٠٠٠ وتوجب أصول الشريعة حرمة أكل أموال الناس بغير رضا منهم، والرد بالعيب معتبر على هذا الأصل.

شروط قيام الحق في خيار العيب:

يشترط لقيام هذا الحق الشروط التالية:

١ - كون العقد الذي يثبت فيه هذا الحق من العقود التي تقبل الفسخ، كالبيع والشراء والإجارة والقسمة، والصلح عن مال على شيء معين والقسمة، أما العقود التي لا تقبل الفسخ، كالزواج فلا يرد فيها هذا الحق، ولذا فإن من يتزوج امرأة ويظهر بها عيب من مرض أو غيره لا يكون له الحق في فسخ العقد، طبقًا لرأي جمهور الفقهاء.

٢ - أن يكون العيب مؤثرًا بنقصان قيمة المعقود عليه في عادة التجار، وقد ورد في المادة

⁽١) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣٢٠ برقم: ١٠٥١٥.

⁽٢) صحيح مسلم: ١/ ٩٩ برقم: ١٠١٠.

(٣٣٨) من المجلة العدلية تعريف العيب في المبيع بأنه: هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، ويفيد الإطلاق أنه لا فرق بين أن يكون النقصان في القيمة أو الثمن يسيرًا أو كثيرًا؛ لأن الضرر يحصل بمجرد النقصان، ويتنفى الرضا بالمعقود عليه بهذا.

٣ - أن يكون العيب قديمًا لا حادثًا بعد تسليمه؛ ذلك أن العيب الحادث في يد المشتري
 لا يوجب له خيار عيب؛ لكونه ليس من مسؤولية البائم.

٤ - عدم سبق الرضا من المتضرر بالعيب، ويعرف ذلك بعلمه بالعيب قبل العقد أو عند العقد أو التسليم؛ لأن مثل هذا العلم يعد رضًا به دلالة، والتصريح بالرضا بالعيب يسقط حق الخبار كما لا يخفى.

٥ - ألا يكون العاقد قد اشترط البراءة من العيوب، فمن باع مالًا على أنه بريء من كل عبب ظهر فيه لا يتجوي المستري خيار العبب، وكذا لو اشترى مالًا وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك، مثلًا: لو اشترى حيوانًا بجميع العيوب، وقال: قبلته مكسرًا محطمًا أعرج معيبًا فلا يبقى له بعد ذلك أن يدعي بعيب قديم فيه طالبًا الرد بخيار العيب.

الأحكام المترتبة على ثبوت خيار العيب:

يترتب على ثبوت هذا الخيار الأحكام التالية:

١ - ينعقد العقد صحيحًا نافذًا لازمًا في حق من لم يثبت له الخيار، وغير لازم في حق من ثبت له، ويتر تب على كون العقد صحيحًا نافذًا مع ثبوت هذا الخيار أنه لا يمنع ثبوت أحكامه، فملك المبيع يتقل من البائع إلى المشتري، كما تثبت للبائع مطالبة المشتري بالثمن، ويفيد عدم اللزوم أن من حق المتملك (المشتري على سبيل المثال) أن يقوم بنقض العقد قبل القبض منى علم بالعيب بإرادته وحده، دون حاجة إلى اتفاق وتراض أو قضاء قاض مع اشتراط إعلام الطرف الأخر به، طبقًا لما تقدم.

٢ - يكون العقد غير لازم في حق من ثبت له خيار العيب بعد القبض، غير أن الحق في خاصة العقد يفتقر لإعماله إلى التراضي أو التقاضي، والفرق بين ما قبل القبض وبعده أن العقد قبل القبض لم يتم، أما بعد القبض فقد تمت الصفقة فلا تنفسخ بمحض إرادة أحد الطرفين؛ حرصًا على استقرار التعامل.

" - يترتب على خيار العيب الحق في فننخ العقد ورد محله إلى صاحبه واسترداد ما دفع
 أو إمضاء العقد.

ولا يحق للمشتري - على سبيل المثال - إذا وجد عيبًا بالمبيع أن يمسكه ويحط ما نقصه

العيب من ثمنه؛ لأن البائع ما رضي بالبيع بالثمن المنقوص، ولو ألزمناه بهذا الثمن لكان فيه تفريق الصفقة عليه، وهو لا يجوز.

- ٤ ومع ذلك فإن للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان الثمن بالشروط التالية:
 - أ- تعذر رد المبيع بهلاكه أو زيادته زيادة لا تنفصل عنه.
- ب- رجوع التعذر إلى سبب لا يرجع إليه، أما لو تصرف فيه هو بالبيع أو الهبة فإن تعذر
 الرجوع يرجع إليه، ولا يحق له المطالبة بالتقصان.
 - ٥ لا يسقط خيار العيب بموت من ثبت له، خلافًا لخيار الرؤية.
 - مسقطات خيار العيب:
 - يسقط خيار العيب بعد قيام الحق فيه، وينتهي بأيٌّ من الأسباب التالية:
- ١ إسقاط من له الخيار الحق فيه صراحة، كقوله: أسقطت حقى في الخيار، ويلتحق
 به إبراء المشترى البائم من العيب الذي ظهر بالمبيم.
- ٢ الرضا بالعيب بعد العلم به، صراحة أو دلالة، ومن الدلالة أن يصدر بعد العلم بالعيب
 ما يدل على رضاه به، كاستعماله أو التصرف فيه.
 - ٣ هلاك المعقو د عليه، وذلك لفوات محل إلر د.
 - ٤ التصرف في المعقود عليه تصرفًا ناقلًا للملك.
- م نقصان المعقود عليه بفعل أجنبي أو بآنة سماوية؛ حيث لا يكون لصاحب الخيار
 عندنذ أن ير د المعقود عليه لتعذر الرد، وله المطالبة بقدر النقصان.
 - ٦ زيادة المعقود عليه زيادة متصلة أو تغيره(١).

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي و دراسة فقهية مقارنة ، د. محمد سراج ص: ١٨٨ - ١٩٢.

كتاب البيوع



1AY _____

الغَصِٰلُ الأَوَّلُ

فى عقد البيع

♦ (هادة ٣٤٣): عقد البيع هو تمليك البائع مالًا للمشتري بمال يكون ثمنًا للمبيع(١٠).

البيع في اللغة: عبارة عن تعليك مال بمال آخر، وهو في الاصطلاح: مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب، وهو من الأضداد⁽¹¹⁾ يقال: باع الشيء إذا شراه، ويقال: باعه الشيء وباع منه، يقال: باعه إذا أخر العين عن ملكه إليه، وباعد: أي اشتراه، ويتعدى بنفسه وبالحرف، باع زيد الثوب وباعه منه، وزيادة قيد التراضي؛ لما في التغالب من الفساد والله لا يحب الفساد.

وذهب فريق من أهل العلم: أن التراضي ليس خاصًّا بمفهومه الشرعي كما يفيده قول بعضهم، فالتراضي لا بدمنه لغة أيضًا؛ لأنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصبًا وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة: باعه.

واعترض بعض العلماء على ذكر التراضي في التعريف، وقالوا: لا يناسب ذكر التراضي

⁽١) جاء في الاختيار ١/ ١٧٧: البيع في اللغة: مطلق المبادلة وكذلك الشراء، صواء كانت في مال أو غيره، وفي الشرع: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم غليكا وتملكا، وانظر المادة (١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أي حنية: على المبادلة مال على المبادلة مالية على المبادلة من المبادلة مالية على المبادلة ال

وتتفق هذه التعريفات في اعتبار البيع عقدًا من عقود المعاوضات، بخلاف الهبة التي تعد من التبرعات، وهو على التأبيد حتى تخرج الإجارة، ويشمل البيع عند الأحناف كلًا من المقايضة والسلم والصرف. وتميز بعض المذاهب بين البيم وهذه العقود المذكورة، كما لا يخفى من تدبر مضمونها.

وعل سيل المفارنة فقد جرى تعريف عقد اليع بها لا يخرج عن ذلك في المواد (٤١٨) مدني مصري، (٢٦٨) مدني مصري، (٢٦٨) مدني سوري، (٢٠٨ مدني أردن، (٢٠٠ مدني أردن، (٢٠٠ مدني أردن، (٢٠٠ مدني أردن، (٢٠٠ مدني أردن، المنابقة المنابقة عند المنابق

⁽٢) أي الألفاظ التي تطلق على الشيء وعلى ضده.

في التعريف، ولذا قال في الفتح: إن التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي، بل شرط ثبوت حكمه شرعًا؛ لأنه لو كان جزء مفهومه شرعًا لزم أن يكون بيع المكره باطلاء وليس كذلك، بل هو فاسد كما علمت، وأنت خبير بأن التعريف شامل للفاسد بسائر أنواعه كما ذكره في النهر''؛ لأنه بيع حقيقة، وإن توقف حكمه على القبض، فالتقييد بالتراضي لإخراج بعض الفاسد، وهو بيع المكره؛ لأنه إذا كان المراد تعريف مطلق البيع يكون غير جامع؛ لخروج هذا منه، وإن أريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه.

التقييد بالإفادة في التعريف غير مفيد؛ إذ غايته أنه أخرج ما لا يفيد كبيع درهم بدرهم اتحدا ورثا وصفةً وهو فاسد، والتعريف شامل لجميع أنواع البيع الفاسد، فلا فائدة في إخراج نوع منه كما قلناه في بيع المكره، نعم لو كان بيع الدرهم بالدرهم باطلًا فهو تقييد مفيد، لكن بطلائه بعد لد جود المبادلة بالمال.

ويلاحظ أن البيع عقد على الإبهام، والتوقيت يبطله، بخلاف الإجارة فإنها عقد على التوقيت، والإبهام يبطلها.

ويقال: هو في الشرع عبارة عن إيجاب وقبول في مالين ليس فيهما معنى التبرع، وقبل: هو عبارة عن مبادلة مال بمال لا على وجه التبرع.

ويتضبح أن البائع يتملك مال المشتري ثمنًا لسلعته، وبمقتضى هذا العقد يتملك المشتري سلعة البائع نظير أمواله التي سلمها للبائع، فالبيع عقد من عقود المعاوضات، بخلاف الهبة فهي من عقود التبرعات .

ومبادلة المال بالمال تخرج الإجارة؛ لأنها بدل منفعة لا مال.

والبيع إن اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع فهو أربعة أنواع؛ لأنه إما أن يقع على عين بعين، أو ثمن بثمن، أي يكون المبيع فيه من الأثمان أي النقود، أو ثمن بعين، أو عين بثمن، ويسمى الأول مقايضة، والثاني صرفًا، والثالث سلمًا، وليس للرابع اسم خاص، فهو بيع مطلق.

وإن اعتبر من حيث تعلقه بالثمن أو بمقداره فهو أربعة أيضًا؛ لأنه إن كان بعثل الثمن الأول مع زيادة فعرابحة، أو بدون زيادة فتولية، أو أنقص من الثمن فوضيعة، أو بدون زيادة ولا نقص فمساومة، وزاد في البحر: خامسًا، وهو الإشراك، أي أن يشرك غيره فيما اشتراه، أي بأن يبيعه نصفه مثلًا، وقد يعتبر من حيث تعلقه بوصف الثمن ككونه حالًا أو مؤجلًا".

⁽١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٤/٤٠٥.

⁽٢) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٥٠٢.

البيع في حق البدلين ينقسم أربعة أقسام:

بيع العين بالعين وهو: بيع السلع بالسلع، ويسمى بيع المقايضة.

وبيح العين بالدين وهو: بيع السلع بالأثمان المطلقة، وهي الدراهم والدنانير، وبيعها بالفلوس النافقة، وبالمكيل الموصوف في الذمة، والموزون الموصوف، والعددي المتقارب الموصوف.

وبيع الدين بالعين وهو: السلم.

وبيع الدين بالدين وهو: بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف.

فأما الذي يرجع إلى أحد البدلين وهو الثمن فينقسم في حق البدل وهو الثمن خمسة نسام:

بيع المساومة وهو: مبادلة المبيع بأي ثمن اتفق.

وبيع المرابحة وهو: مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح.

وبيع التولية وهو: المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان.

وبيع الاشتراك وهو: التولية، لكن في بعض المبيع ببعض الثمن.

وبيع الوضيعة وهو: المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه.

وهو جائز، ثبت جوازه بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب: بقوله تعالى: ﴿ وَأَمَلَّ اللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمُ ٱلزَّبُوا ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وأما السنة: فإنه 瓣 بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة.

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على جوازه وأنه أحد أسباب الملك، وسبب شرعيته:
تعلق البقاء المعلوم فيه للَّه تعالى على وجه جميل؛ وذلك أن الإنسان لو استقل بابتداء
بعض حاجاته من حرث الأرض، ثم بذر القمع وخدمته وحراسته وحصده ودراسته
ثم تذريته، ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك، فلو لم يشرع البيع
سببًا للتمليك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة، أو السؤال والشحاذة،
أو يصبر حتى يموت، وفي كل منها ما لا يخفى من الفساد، فكان في شرعيته بقاء المكلفين
المحتاجين ودفع حاجتهم على النظام الحسن.

وشرطه في المباشر: التمييز والولاية الشرعية الكاثنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة

٠٩٠ البيوع: عقد

وغير ذلك، فيصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره، وفي المبيع: كونه مالًا متقومًا شرعًا.

جاء في المادة (١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أن: 1 البيع هو مبادلة مال غير نقدى بمال نقدى على وجه التراضي ٩.

توضيحه: أن البيع في عرف الفقهاء يطلق بمعنى أعم، شامل للسلم والصرف والمقايضة والبيع المطلق، هو * مبادلة المال بالمال بالتراضي *، ويطلق البيع بمعنى أخص، فلا يشمل إلا البيم المتعارف، وهو البيم المطلق.

والمال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعًا، فما يباح بلا تمول لا يكون مالًا كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة الانتفاع لا يكون متقومًا كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منها كالدم.

واشتراط التراضي أخذ من الآية الكريمة ﴿ إِلَّا أَنْتَكُونَكَ يَحَكَرُهُ عَنَ زَاضٍ ﴾ [الساه: ٢٩] ولا ينعقد البيم إلا به .

وتقييد المال بغير نقدي يميزه عن الصرف والسلم، وتقييد المقابل بمال نقدي يميزه عن المغايضة.

وقد أخذت القوانين المدنية العربية في تعريف البيع بشيء من التوسع بها يشمل تمليك الأموال أو الحقوق المالية لقاء بدل أو عوض، وهو ما نصت عليه المواد (٣٨٦) مدني سوري، (٥٠٦) مدني عراقي، و (٤٦٥) مدني أردني، ونصها: ٩ البيع تمليك مالي أو حق مالي لقاء عوض ٤.

(مادة ٣٤٤): لا يصح البيع إلا بتراضي العاقدين، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وتميين
 المثمن والثمن، إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم فإنه يصح بدون معرفة قدر
 المبيم(١٠).

من شروط صحة عقد البيع:

⁽۱) جاه في الاختياز : ١/ ١٧٨ : ولا يد من معرفة الميع معرفة نافيه للجهالة، ولا يد من معرفة مقدار الثمن وصفته، شرح غنصر خليل للخرفي: ٥/ ٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/ ١١، أسنى المطالب : ١٤ ، ١٥ ، كشاف الفتاع : ١/ ١٢٠٠٠ . ١٢

الرضا التام بين الطرفين زوالا في حق الباتع وثبونًا في حق المشتري، ولا يتحقق ذلك -أي تمام الرضا - إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية أو ببيان أحواله وأوصافه المميزة له أو بالإشارة إليه إذا كان حاضرًا، وذلك لقوله تمالى: ﴿ يَتَأَيُّهُمُ اللَّهِرِيَّ مَا مَثُواً لاَ تَأْصُلُواً أَمُونَكُمُ بِيَنْكُمُ بِيَنْكُمُ وَلَيْهُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَمَدَةً مَن زَافِن يَنكُمُ وَلا تَشَكُمُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ يكمُ رَصِكًا ﴾ [الساء: ٢٩]، وقوله - عليه الصلاة والسلام -: « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطب

ولا يعنع الرضا المشتري من رد المبيع إذا كان لم يره، فإذا قال المشتري: رضيت " ثم رآه له أن يرده؛ لأن الخيار معلق بالروية؛ لما روينا فلا يثبت قبلها، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله: رضيت قبل الروية، بخلاف قوله: رددت؛ لأن الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور، وأما الفسخ فإنما هو لعدم الرضا، وهو لا يحتاج إلى معوفة المحسنات، لا يقال: عدم الرضا لاستقباح الشيء، واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور.

وقد أبطل الشارع كل البيوع التي لم توفر فيها شرط الرضا مثل بيع المنابذة، وهو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيحب مالكها إلزام المساوم له عليها إياها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه، وبيع الملامسة، وهو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعًا لها رضي مالكها بذلك أو لم يرض، وبيع الحصاة، وهو أن يتساوم الرجلان على السلعة، فإذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها، ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها.

ويشترط كذلك لصحة البيع أن يكون المبيع معلومًا وثمته معلومًا علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولًا جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانمة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك، فيحصل المقصود؟

⁽١) أخرجه مسلم في صحيحه : ٢ ٢١٦٦ برقم ٢٨١٢، والترمذي : ٤/ ٣٣٠ برقم ١٩٣٧، وصححه مسلم.

⁽٢) وهذا تفريع على سالة القدوري، يعني كما أن له الحيار إذاً لم يقل: رفسيّت، فكذا إذا قال ذلك ولم يور قم رآه؛ لأن الحيار معلق بالروية بالحديث الذي روينا، والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لتلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط؛ ولأنه لو نوم العقد بالرف الم الروية لزم استاع الحيار عندها، وهو ثابت بالنص عندها، فها أدى إلى إيطال فهو باطل. (العناية ١/ ٢٣٨).

⁽٣) راجع بدائع الصنائع: ٥/ ١٥٧.

وأما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والنمن فقد يكون بالإشارة إليه؛ لأن التعين يحصل بها، والإشارة إليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره، غير أن المبيع إن كان أصلًا لا بد من الإشارة إليه بطريق الأصالة؛ ليصير معلومًا، وإن كان تبمًا يصير معلومًا بالإشارة إلى الأصل.

ونشير إلى أن المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة، فالعبيع في الأصل: اسم لما يتعين بالتعيين، والثمن في الأصل تعين بالتعيين، وإن احتمل تغير هذا الأصل بعارض بأن يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعًا كالمسلم فيه، وما يحتمله ثمنًا كرأس مال السلم إذا كان عينًا، ومذهب زفر والشافعي: أن المبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء، وإذا عرف هذا فالدراهم، والدنائير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعين بعقود المعاوضات في حق الاستحقاق، وإن عينت، حتى لو قال: بعت منك هذا الثوب بهذه الدنائير كان للمشتري أن يمسك المشار إليه، ويرد مثله، ولكنها تتعين في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر، حتى يجب عليه رد مثل المشار إليه جنسًا ونوعًا وقدرًا، وصفة، ولو هلك المشار إليه لا يبطل العقد، وعلى أصلهما: يتعين حتى يستحق البائع على المشتري الدراهم المشار إليها كما في سائر الأعيان المشار إليها، ولو هلك قبل القبض يطل العقد كما لو هلك سائر الأعيان.

معرفة وصف المبيع ليست شرطًا لصحة البيع، ولهذا قال في البدائع: وأما معرفة أوصاف المبيع والثمن، فقال أصحابنا: ليست شرطًا، والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكن شرط اللزوم، فيصح بيع مالم يره، وظاهر ما في فتح القدير: أن معرفة الوصف في المبيع والثمن شرط الصحة كمعرفة القدر، فإنه قال: والصفة عشرة دراهم بخارية أو سعر قندية وكر حنظة بحرية أو صعيدية، وهذا لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة، فالمشتري يريد دفع الأدون، والبائم يطلب الأرفع، فلا يحصل مقصود شرعية المقد، وهو دفع الحاجة بلا منازعة.

وفي القنية: إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع، كمن أقر أن في يده متاع فلان غصبًا أو وديعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقداره (١٠).

وجاء في شرح مجلة الأحكام المادة (٢٠٤): المبيع يتعين بتعيينه في العقد، مثلًا: لو قال الباتع: بعنك هذه السلعة، وأشار إلى سلعة موجودة في المجلس إشارة حسية وقبل المشتري

⁽١) راجع رد المحتار: ٤/ ٢٩٥.

لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها، وليس له أن يعطي سلعة غيرها من جنسها، وكذلك إذا أشار البائع إلى صُبرًة حنطة وقال للمشتري: قد بعتك هذه الصبرة، فقبل المشتري السيخ معلى البائع أن يسلم تلك الصبرة عينها، وليس له أن يمسك الحنطة المشار إليها ويسلم المشتري حنطة مثلها أو أجود منها وصفًا (كفاية) ولفظ (الإشارة بحسية) الوارد في هذه المادة ليس للاحتراز فإذا عين المبيع بغير الإشارة الحسية كالتعريف أو الوصف أو غيرهما فعلى المئتري أيضًا أن ياخذه.

ويقابل ذلك ما جاء في المادة (٤٦٦) من القانون المدني الأردني، ونصها:

١ - ٤ يشترط أن يكون المبيع معلومًا عند المشترى علمًا نافيًا للجهالة الفاحشة.

٢ - ويكون المبيع معلومًا عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له، وإذا كان
 حاضرًا تكفى الإشارة إليه ٣.

وأصل هذه المادة هو المذهب الحنفي طبقًا لما جاء في مذكرتها التوضيحية، وهي تقابل المواد (٣٨٧) سوري، و (١٥ ٤) عراقي.

**

♠ (مادة ٢٥) ٣: ينعقد البيع بإيجاب وقبول، أي بكل لفظين منبثين عن معنى التمليك والتملك (١٠٠٠) ينعقد البيع بالإيجاب والقبول، والإيجاب هو في اللغة: الإثبات، وفي الفقه: ما يذكر أولًا من كلام المتعاقدين؛ لأنه يثبت خيار القبول للآخر.

قال الأنقاني: الإيجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أولاً؛ سمي به لأن الإيجاب نقيض السلب وهو الإنبات، والمتكلم منهما أولاً بقوله: بعت أو اشتريت يريد إثبات العقد بشرط أن يضم إليه قول الآخر، أو سمي به لأن قوله: بعت واشتريت فعل، والفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجود، فكان قوله: بعت أو اشتريت إيجابًا؛ لأنه قبل التلفظ به كان في حيز الإمكان، فصار بعد التلفظ واجب الوجود لغيره، ثم سمي كلام الآخر قبو لا لما أوجبه الآخر، وإن كان هو إيجابًا في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقد من اللاحق، قال الكمال: والإيجاب لغة الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أوَّلاً، سواء وقع من البائع، كبعت، أو من المشتري كأن يتذئ المشتري فيقول: اشتريت منك هذا بألف، والقبول الفعل الثاني، وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات، فسمي

⁽١) انظر: مواهب الجليل: ٤/ ٢٢٩، أسنى المطالب: ٣/٢، كشاف القناع: ٣/ ١٤٧.

٢٩٤ ----- البيوع: عقد البيع

الإثبات الثاني بالقبول تمييزًا له عن الإثبات الأول، ولأنه يقع قبولًا ورضًا بفعل الأول.

والقبول هو ما يذكر آخرًا من كلام المتعاقدين، أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع(١).

وهكذا فإن البيع يتعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي، ومعنى الانعقاد: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل، مثل أن يقول أحدهما: بعت والآخر: اشتريت؛ لأن البيع إنشاء تصرف شرعي، وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع، فالبيع يعرف به، أما أن البيع إنشاء فلأن الإنشاء إثبات ما لم يكن، وهو صادق على البيع لا محالة، وأما كونه شرعيًّا فلأن الكلام في العبيع شرعًا، وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع؛ لأن تلقي الأمور الشرعية لا يكون إلا منه، والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار لغة في الإنشاء فينعقد به، والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به.

ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي، والآخر بلفظ المستقبل، وإنما لا ينعقد بذلك لأن النبي ﷺ استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده، فكان الانعقاد مقتصرًا عليه، ولأن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عِدةً لا بيمًا، وإن كان من جانب المشترى كان مساومة.

وقيل: هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلًا بدون نية الإيجاب في الحال، وأما إذا كان المراد ذلك فينمقد البيع، وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي، ثم قيل في تعليله؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية.

ولا بد أن يكون القبول موافقًا للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو يغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق".

ولابد كذلك من اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد؛ فإن اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد؛ لأن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس؛ لأنه كما وجد أحدهما انعدم في التأمين من زمان وجوده، فوجد الثاني، والأول منعدم فلا ينتظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى السداد باب البيع، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكمًا وجعل المجلس جامعًا للشطرين مع نفر قهما للمجلس، فإذا اختلف لا يتوقف،

⁽٢) راجع بدائع الصنائع: ٥/ ١٣٧.

⁽١) راجع تبيين الحقائق: ٢/٤.

وهذا عندنا، وعند الشافعي - رحمه اللَّه -: الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه.

وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد، وهذا خيار القبول؛ لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه، وإذا لم يفسد الحكم بدون قبول الآخر، فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله؛ لخلوء عن إيطال حق الغير، وإنما يعتذ إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعًا للعسر و تحقيقًا للبسر.

والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة، وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن؛ لعدم رضا الآخر بغرق الصفقة، إلا إذا بين كل واحد؛ لأنه صفقات معنى، وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب؛ لأن القيام دليل الإعراض والرجوع، وله ذلك على ما ذكرناه(١٠).

ويبطل الإيجاب قبل القبول بالرجوع أي برجوع الموجب؛ لأن المانع من الرجوع لزوم إيطال حق الغير وهو منتف ههنا؛ لأن الإيجاب لا يفيد الحكم بدون القبول، ويبطل أيضًا الإيجاب أو القبول بقيام الموجب أو القابل عن مجلسه؛ لأن القيام دليل الرجوع، والدلالة تعمل عمل الصريح.

وجاء في مجلة الأحكام المدلية المادة (١٠٤): الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما، فمتعلق الإيجاب والقبول هو البيع الذي يكون موجودًا ومقدور التسليم ومالًا متقومًا مع الثمن، والأثر: هو أن يصبح البائع مالكًا للثمن والمشتري مالكًا للمبيع، والانعقاد: يختص بالبيع الصحيح مطلقًا وبالبيع الفاسد . بعد حصول القيض، أما البيع الباطل فلا يوجد فيه انعقاد.

(مادة ٣٤٦): كما ينعقد البيع بالايجاب والقبول خطابًا يصح انعقاده بهما تحريرًا أو مكاتبة (()، ويشترط القبول في مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه، فلو كتب إلى رجل: اشتريت عبدك هذا بكذا، فكتب اليه رب العبد: بعته منك؛ كان بيمًا، وينعقد البيع أيضًا بالإشارة المعروفة للأخرس (()).

⁽١) راجع العناية شرح الهداية: ٦/ ٢٥٣، فتح القدير: ٦/ ٢٥٣، الجوهرة النيرة: ١/ ١٥٨.

⁽٢) كذا يفهم من الهندية من الثاني في البيوع عن الظهيرية.

⁽٣) انظر مواهب الجليل: ٤/ ٢٢٩، تحفة المحتاج: ٤/ ٢٢٥، مطالب أولي النهي: ٣/٨.

تناولت هذه المادة انعقاد البيع بالإيجاب والقبول بالكتابة أو بالإشارة.

وقد ذكرنا أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي، الانعقاد هاهنا: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل، مثل أن يقول أحدهما: بعت والآخر: اشتريت، لكن النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لتفاذهما وصحتهما، فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك؛ لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته، هذا إذا كان الخرس أصليًّا بأن ولد أخرس، فأما إذا كان عارضًا بأن طراً عليه الخرس فلا، إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالاخرس الأصلي⁽¹⁾.

والأصل أن الكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة "؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر؛ لأن النبي 宏 كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب، وكان ذلك سواء في كونه مبلغًا، وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه إليه".

وليس الكتاب كالخطاب دائمًا، فلو كان حاضرًا فخاطبها بالنكاح؛ فلم تُجِبُ في مجلس الخطاب، ثم أجابت في مجلس آخر، فإن النكاح لا يصح، وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح؛ لأن الغائب إنما صار خاطبًا لها بالكتاب، والكتاب في مجلسه، وقد سمع خاطبًا لها بالكتاب من الحاضر في مجلس آخر، فأما إذا كان حاضرًا فإنما صار خاطبًا لها بالكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني أما بالكلام، وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني أحد، شطري المقدد.

وإيماء الأخرس وكتابته كالبيان، بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقُود، وقال الشافعي: تَجوز كتابته وإيماؤه في الوجهين؛ لأن المجوز إنما هو العجز، ولا فرق بين أن يكون أصلًا أو عارضًا، والفرق عند الأحناف: أن الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة، وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك، وصارت له إشارة معلومة كان بمنزلة الأخرس.

⁽١) راجع بدائع الصنائع: ٥/ ١٣٦.

⁽٢) راجع العناية شرح الهداية: ٦/ ٢٥٥، تبيين الحقائق: ٢/٤، البحر الرائق: ٥/ ٢٩٠.

⁽٣) راجع العناية شرح الهداية: ٦/ ٢٥٥.

أبيوع: عقد البيع ______ علا البيع _____ علا البيع _____ علا البيع _____ علا البيع ____

وإذا كان إيماء الأخرس وكتابته كالبيان، وهو النطق باللسان تلزمه الأحكام بالإشارة والكتابة، حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه إلى غير ذلك من الأحكام؛ لأن الإشارة تكون بيانًا من القادر فما ظنك من العاجز، ألا ترى أنه - عليه الصلاة والسلام - كان أفصح العرب، ومع هذا أنبًا بالإشارة بقوله * الشهر هكذا الله الحديث، والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أنه - عليه الصلاة والسلام - بلغ الرسالة إلى الغيب بالكتابة فيكون ذلك حجة عليهم كما إذا بلغهم بالعبارة، فإذا كان الكتاب كالخطاب عند المجز، ففي حق الأخرس أولى؛ لأن عجز، أظهر وأثره؛ عادة لأن الغائب يقدر على الحضور بل يحضر ظاهرًا، والأخرس لا يقدر على النطق.

ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مُستَيِّن مرسوم، وهو أن يكون معنونًا أي مصدرًا بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره: من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة في تسير الكتاب، فيكون هذا كالنطق فلزم حجة، ومستين غير مرسوم، كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم فإن هذا يكون لفوًا؛ لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا الطريق، فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وقد تكون للتحقيق.

وبهذه الأشياء تتمين الجهة، وقيل: الإملاء من غير إشهاد لا يكون حجة، والأول أظهر، وغير مستبين، كالكتابة على الهواء أو الماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى.

ولا تكون إشارته وكتابته كالبيان في الحدود؛ لأنها تندرئ بالشبهة؛ لكونها حن الله تعالى فلا حاجة إلى إثباتها، ولعله كان مصدقًا للقاذف إن قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد، وإن كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح، والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا، وفي القصاص اعتبر طلبه؛ لأنه حق العبد، وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ، وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطئ؛ وهذا لأن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة.

والإجمال أن: الفقه الإسلامي لا يشترط صيغة معينة أو شكلًا معينًا للتعبير عن إرادة المتعاقدين؛ إذ يصبح أن يكون هـذا التعبير بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإنسارة أو الفعل (التعاطي)، وقد عُني الفقهاء المسلمون عناية فائقة بموضوع الصيغة التي اعتبرها الأحناف

⁽١) صحيح البخاري: ٢/ ٢٧٤ برقم: ١٨٠٩، وأحمد في مسنده حديث: ١/ ١٨٤ برقم: ١٥٩٥، وقال البخاري: إسناده

الركن الوحيد في انعقاد العقد، وقد عُمي بها الجمهور كذلك، باعتبار أن الرضا هو المعنى الذي تدور حوله أركان العقد، ولما كان الرضا أمرًا خفيًّا لا يمكن الاطلاع عليه، وتنوب عنه الصيغة في إبرازه وإظهاره؛ لأنها هي التعبير عنه، وهي الشكل الذي يعتد به في الكشف عنه.

وقد عُني الفقه القانوني كذلك بصيغة العقد من جهة أنها تعبر عن رضا المتعاقدين بالعقد وقصدهما إليه، لكنهم يستخدمون مصطلح * التعبير عن الإرادة * في الدلالة على المعنى الذي يستخدم فيه الفقها، مصطلح * صيغة العقد *، ولا مشاحة في الاصطلاح.

(هادة ٣٤٧): يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي ولو من أحد الجانبين، بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم، مالم يصرح البائع مع التعاطي بعدم الرضاً''.

نناولت هذه المادة انعقاد البيع بالتعاطي والتناول.

والتناول والتعاطي في اللغة إنما يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب.

وفي الاصطلاح: هو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب وقبول، من ذلك الدخول في محل البيع الكبير وأخذ السلع المطلوبة المحددة الثمن والتوجه إلى مكان الخزينة لدفع المطلوب، دون التفوه بلفظ واحد أحيانًا، أو مع تبادل عبارات الشكر الآلية وحدها، ومنه أيضًا: وضع النقود في الآلات الموضوعة في الشوارع للحصول على بعض السلم البسيرة، كالبسكويت والحلوى والمشروبات الغازية، ويعد نصب هذه الآلات

⁽۱) السيع بالتعاطي هو: المبادلة بالفعل، وذكر القدوري: أن التعاطي يجوز في الأشياء الحسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة، وهو قول الكرخي أيضًا. ورواية في الأصل مطلق من هذا النفصيل وهي الصحيحة، لأن السيع في اللغة والشرع: اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي هي الأخذ والإعطاء، وإنها قول السيع الشراء وليل عليها، والدليل عليه توله فحق: فهمَّذ فهمَّة في المُّن مُن تَعْمَد يَسَكُمُ إِذَا السيد، 14).

والنجارة عبارة عن جعل الشراء للغير يبدل، وهو تفسير التعاطي، وإذا تبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي، وهو الأعذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشباء الحسيسة والنفيسة جميًا، فكان التعاطي في كل ذلك بيمًا، فكان جائزًا، ولو كان التعاطي من أحد الجانبين جازعل الأصح، وبه يفتى إذا لم يصرح معه بعدم الرضا، وقبل: لا بدمن الإعطاء من الجانبين، وعليه الأكثر، قاله الطرسوسي، واختاره البزازي، وأنفى به الحلواني، واكتفى القرماني بتسليم المبيع منه بيان الشمن، فتحرر ثلاثة أقوال، وقد تقدم ما عليه الفتوى، وهو جواز التعاطي من أحد الجانبين.

انظر ألمادة (٢) وشرحها من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، و المادة (١٧٥) من مجلة الأحكام العدلية والموسوعة الفقهية: ١/ ١٣.

انظر حاشية الجمل: ٣/ ٩، كشاف القناع: ٣/ ١٤٩.

في أماكنها مع تزويدها بهذه السلع نوعًا من الإيجاب، على حين يعد فعل العميل قبولًا.

ومذهب الأحناف والمالكية: انعقاد العقد بالتعاطي مطلقًا، وجوازه في بيع الأشياء الخسيسية والنفيسة؛ لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعًا، فكان التعاطي في كل ذلك بيمًا فكان جائزًا.

وينعقد العقد في التعاطي بقبض البدلين أو بقبض أحدهما، فيكفي لينعقد العقد وضع العميل البضاعة في السلة المعدة لذلك في الجمعيات ومحلات البيع الكبرى، ولا يشترط إقباض الثمن، جاء في فتح القدير: « واختلف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف، والصحيح الثاني، ونص محمد - رحمه الله - على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين، وهذا يتنظم الثمن والمبيع ".

ويشترط لصحة العقد بالعبادلة الفعلية أن تدل هذه المبادلة على رضًا معتبر شرعًا، فلا تصحح هذه العبادلة المعاملة الفاسدة، ولذا فلو اتفقا على قرض ربوي وتقابضاه لم يصح، وكذا لو اتفقا على مضاربة فاسدة؛ لتسعية الربح المستحق للمضارب أو لصاحب المال بقدر معين، كألف أو ألفين أو عشرين في المائة من رأس المال لم يصر هذا التعامل إلى الصحة بمجرد التقابض.

ولا يخفى أن جواز التعاطي في انعقاد العقود بدلالته على التراضي، مما يدل على توجه الفقهاء الأحناف ومن حذا حذوهم إلى إعمال الإرادة الباطنة متى اتضحت وتم التعبير عنها، على أي نحو يدل عليها، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو بأي فعل.

ومذهب الحنابلة: جواز البيع بالتعاطي كذلك؛ لأن الشارع لم يعين لفظًا في الدلالة على الرضا • فوجب رده إلى العرف كالقبض والحرز، ولم يزل المسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولم يُنقّل عن النبي 叢 ولا عن أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول (بصيغة معينة) في بيعهم، ولو استعمل لنقل نقلًا شائعًا ولبيته النبي 識 لعموم البلوى به ولم يخف حكمه ».

أما الشافعي: فلا يجيز البيع بالتعاطي، متفقًا في هذا مع اتجاهه العام إلى التأكيد على الصيغة، والاعتداد بالإرادة الظاهرة، أو الإمعان في اللفظية في إطلاق العلامة السنهوري على هذا الانجاه(١٠).

⁽١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي و دراسة فقهية مقارنة و د. محمد سراج، ص: ٤٢، ٤٣.

 (مادة ۲۶۸): يصح أن يكون البع بأنًا منجزًا، وأن يكون بشرط الخيار، ويجوز أن يكون خيار الشرط للبائم أو للمشترى أو لهما معًا().

تناولت هذه المادة حكم البيع بشرط الخيار عن انعقاد البيع بالإيجاب والقبول بالكتابة أو بالإشارة، الأصل في العقد اللزوم من الطرفين، ولا يثبت لأحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو في مجلس العقد عندنا إلا باشتراط ذلك⁷⁷، وخيار الشرط مركب إضافي صار علمًا في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ⁷⁷.

وفي البحر: فرع: لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط، فلو باعه حمارًا على أنه إن لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله وإلا لا، لم يصح، وكذا إذا قال: ما لم يجاوز به إلى الغد.

ويتفق البيع بشرط الخيار في اصطلاح الفقه الإسلامي مع ما جاءت به القوانين المدنية العربية فيما أطلق عليه: البيع بشرط التجربة، وتجيز هذه القوانين اشتراط ذلك إذا اتفق المتعاقدان على مدة معلومة، فإذا لم يتفقا على ذلك انصرفت هذه المدة إلى ما هو معتاد عرفًا، وتوضح ذلك المواد (٤٧٠) وما بعدها من القانون المدني الأردني، ونصوص هذه المواد فيما يلي:

المادة (٤٧٠):

١ عجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة، فإن سكت المتبايعان
 عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة.

٢ - ويلتزم الباثع بتمكين المشتري من التجربة ٤.

المادة (٤٧١):

١ - ﴿ يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع، ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع.

 إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري، مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولًا ولزم المبيع ٩.

 ⁽١) يجوز أن يكون البيع منجزًا، ومقترنًا بشرط يقتضيه ويلائمه ويؤكد موجبه، انظر المعاملات الشرعية المالية ص: ١١٢، شرح البهجة: ٢/ ٨٨٨، كشاف القناع : ٣/ ٢٠٣.

⁽٢) راجع رد المحتار: ٤/ ١٦٥.

⁽٣) المرجع السابق: ٤/ ٢٨٥.

المادة (٤٧٢):

إذا هلك العبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع، وإذا هلك
 قبل التسليم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضمونًا على البائع ».

المادة (٤٧٣):

« يسري حكم البيع بعد التجربة والرضا بالمبيع من تاريخ البيع ».

وتقابل هذه المادة المواد (٣٨٩) مدني سوري، و (٢٤، ٥٢٥) مدني عراقي.

● (مادة ٣٤٩): يصح البيع بالشرط الذي يقتضيه العقد، وبالشرط الذي يلاثم العقد ويؤكد موجبه، وبالشرط الذي جرى به عرف البلدة وعادتها، ويعتبر الشرط ويصح البيع بالشرط الذي ليس فيه نفع لأحد العاقدين و لا لآممي غيرهما ويلغو الشرط(١).

تناولت هذه المادة حكم الشرط الذي يصح معه البيع، وهو كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في العبيم، أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيم جائز؛ لأن هذا بعطلن العقد يثبت، فالشرط لا يزيده إلا وكادة، وإن كان شرطاً يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضًا، كما لو اشترى نعلاً وشراكاً، بشرط أن يحذوه البائع؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجًا بينًا، وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وليس فيه عرف ظاهر قال: فإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وليس فيه عرف ظاهر قال: فإن كان فيه متفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد؛ لأن الشرط، الشرط، فلهذا فسد والمنتفع به غير راض بدونه فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط، فلهذا فسد له البيع، وكذلك إن كان فيه متفعة للمعقود عليه، وذلك نحو ما بينا: أنه إذا اشترى عبدًا على أنه لا يبيمه فإن العقد يعجبه أن لا تتناوله الأيذي، وتمام العقد بالمعقود عليه حنى لو زعم أنه حركان البيع باطلًا، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين.

قال: وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والبيع صحيح، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبًا بشرط أن يبيع؛ لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد، وكان لفوًا والبيع صحيح، إلا في رواية عن أبي يوسف قال: يبطل به البيع، نص عليه في آخر المزارعة؛ لأن في هذا الشرط ضررًا على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف.

قال في البحر: معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط، ومعنى

 ⁽١) نصت المادة (١٨٦) من مجلة الأحكام العدلية على أن: ٥ البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر...

٧٠٧ ----

كونه ملائمًا أن يؤكد موجب العقد، وكذا في الذخيرة، وفي السراج الوهاج: أن يكون راجمًا إلى صفة الثمن أو المبيم كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة.

فالشرط الذي يقتضيه العقد لا يوجب فساده، كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يبخس المبيع، أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركيها، أو ثوبًا على أن يلبسه، أو حنلة في سنبلها، وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك، فالبيع جائز؛ لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرًا لمقتضى العقد فلات حي فساد العقد.

وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضًا؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكدًا إياه، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلًا، والرهن معلوم والكفيل خاضر فقبل(10.

وقد نصوا على أن البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعًا هي:

شرط رهن معلوم بإشارة أو تسمية، فإن أعطاه الرهن في المجلس جاز استحسانًا، وشرط كفيل حاضر أو غائب وحضر قبل الافتراق وكفل، فلو غائبًا وكفل حين علم فسد، وشرط إحالة المشتري للبائع على غيره بالثمن استحسانًا وفسد لو على أن يحيل البائع بالثمن على المشتري.

وشرط إشهاد على البيع، وشرط خيار الشرط إلى ثلاثة أيام، وشرط نقد، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، وشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم، وشرط البياء من لكل عيب، وشرط قطع الثمار المبيعة أي على المشتري، فإنه يقتضيه العقد تفيقاً لملك البائع عن ملكه، وشرط تركها على النخيل بعد إدراكها، على المفتى به، وشرط وصف مرغوب فيه، كما مر، وشرط عدم تسليم المبيع حتى يسلم الثمن، وشرط رده بعيب وجد فيه، وشرط كون الطريق لغير المشتري، وشرط عدم عن ملكه فسد، عن ملكه في غير الآدمي، أما لو اشترى عبدًا على أن لا يبيعه أو لا يخرجه عن ملكه فسد، وشرط إطعام المشتري المبيع، إلا إذا عين ما يطعم الآدمي، كأن شرط أن يطعم العبد المبيع خبيصًا فيفسد، وشرط حمل الجارية على التفصيل الذي ذكره الشارح بعد، وشرط كونها

⁽١) راجع بدائع الصنائع: ٥/ ١٧٢.

مغنية؛ لأنه عيب شرعًا فيكون براءة من العيب فإن لم يجدها مغنية فلا خيار له؛ لأنه وجدها سالمة من العيب، وإن شرط المشتري ذلك على وجه الرغبة فسد البيع؛ لشرطه ما هو محرم، ونظيره ما في البزازية: لو شراه على أنه فحل فإذا هو خصي له الرد؛ ولو عكس قال الإمام: الخصاء في العبد عيب، فإذا بان فحلًا صار كأنه شرط العيب فبان سليمًا، وقال الثاني: الخصى أفضل لرغبة الناس فيه فيخير. ا.هـ.

وجزم في الفتح: بقول الثاني، ومقتضاه جريان ذلك في الأمة المغنية، وشرط كون البقرة حلوبًا، وشرط كون الفرس هملاجًا بكسر الهاه: أي سهل السير بسرعة، وشرط كون الجارية ما ولدت، فلو ظهر أنها كانت ولدت، له الرد، قلت: وظاهره أنه لا يرد بدون هذا الشرط، مع أنه ذكر في البزازية: أنه لو قبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لم يعلم فهو عيب مطلقًا؛ لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدًا وعليه الفترى، وفي رواية: إن نقصتها الولادة عيب، وفي البهائم ليس بعيب إلا إن نقصها وعليه الفترى،

وشرط إيفاء الثمن في بلد آخر، وهذا لو كان الثمن مؤجلًا إلى شهر مثلًا، فالبيع جائز والشرط باطل، إلا أن يكون له مؤنة فيتعين، أما لو غير مؤجل فالبيع فاسد؛ لأنه يصير أجلًا محهد لاً.

وشرط الحمل إلى منزل المشتري فيما له حمل لو بالفارسية، أما في العربية فإنه يفرق فيها بين الإيفاء والحمل، والعقد يقتضي الأول لا الثاني فيفسد البيغ، وشرط حداو النعل، وشرط خرز الخف، وشرط جعل رقعة على ثوب اشتراه من خلقاني، وشرط كون الثوب سداسيًّا فإذا وجده خماسيًّا أخذه بكل الثمن أو ترك؛ لأنه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسد، وشرط كون السويق ملتونًا بعن سمن.

وشرط كون الصابون متخذًا من كذا جرة من الزيت، ففيهما: لو كان ينظر إلى المبيع وقبضه ثم ظهر أنه متخذ من أقل مما ذكر من السمن أو الزيت جاز البيع بلا خيار؛ لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه اتفى الغرر، ومثله ما لو اشترى قميصًا على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه، فظهر من تسعة جاز بلا خيار، قلت: ويشكل عليه مسألة السداسي، على أن كونه مما يعرف بالعيان غير ظاهر إلا إذا فحش التفاوت.

وشرط بيع العبد إلا إذا قال: من فلان، بأن قال: يعتك العبد على أن تبيعه من فلان فإنه يفسد؛ لأن له طالبًا.

وشرط جعلها بيعة والمشتري ذمي بأن اشترى دارًا من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع

٧٠٤ ---- اليوع: عقد اليع

وبطل الشرط، وكذا بيم المصير على أن يتخذه خمرًا، وإنما جاز؛ لأن هذا الشرط لا يخرجها عن ملك المشتري ولا مطالب له، بخلاف اشتراط أن يجعلها المسلم مسجدًا، فإنه يخرج عن ملكه إلى اللَّه تعالى، وكذا بشرط أن يجعلها ساقية أو مقبرة للمسلمين، أو أن يتصدق بالطعام على الفقراء فإنه يفسد.

وشرط رضا الجيران، بأن اشترى دارًا على أنه إن رضي الجيران أخذها، قال الصفار: لا يجوز، وقال أبو اللبث: إن سمى الجيران وقال: إلى ثلاثة أيام جاز. ا.هـ^(١).

وإذا ابتعدنا عن هذه التفصيلات إلى الأسس الشرعية العامة وجدنا النصوص الشرعية تؤكد حق المتعاقدين في تعديل آثار العقود، بالإضافة إليها أو النقص منها، ففي القرآن الكريم هذا الأصل العوجب للوفاء بالعقود، وذلك في قوله تعالى: ﴿ يَتَأَلِّمُ الَّذِينَ مَاسُوّا أَوْتُواْ إِلْكُمْوِدِ ﴾ [العائدة: ١]، وقوله: ﴿ يَتَأَلِّهُا الَّذِينَ مَاسُوّا لَا تَأْكُلُواْ أَشُولَكُمْ بَيْنَكُم يُلْالَكُهْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ يُحَكِّرُهُ مَنْ زَانِنِ يَنكُمُ ﴾ [الساء: ٢٩]، ومن السنة قوله ﷺ: ٩ المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالاً .. ، ، وفي رواية: ﴿ عند شروطهم ، وحديث: ﴿ مقاطع المحقوق عند الشروط ، وحديث: ﴿ كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذه النصوص والنظر إلى الشروط المقترنة بالعقود، فمذهب الأحناف أن الشرط المنهي عنه الذي يفسد العقود هو: كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، وفيه نفع لأحدهما أو لأجنبي، ولم يجر العرف به، ولم يرد الشرع بجوازه.

ومذهب المالكية أن الشرط المناقض لمقصود المقدو أحكامه شرط باطل يصح معه المقد، كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة لأحد أصلاء أو لا يهبها أو لا يركبها أو لا يلبسها أو لا يسكنها، وقد توسع الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقود، ولم يبطلوا منها إلا ما خالف نصًّا شرعًا أو ناقض مقتضى المقد ".

 ♦ (مادة ٢٥٠): لا يصح البع بالشرط الفاسد، وهو ما لبس من مقتضيات العقد، ولا مما يؤكد موجبه، ولا جرى به العرف، وفيه نفع لأحد العاقدين أو لآدمي غيرهما، بل يفسد

⁽١) راجع رد المحتار : ٤/ ٥٩١.

⁽۲) راجع حطشية ابن عابدين: ٤/ ١٦٣، وتبيين الحفائق: ٤/ ٥٧، وحاشية اللسوقي: ٣/ ٩٥، والحزشي: ٥/ ١٨٠. والقوانين الفقهية : ٧١١، ونيل الأوطار : (١٧/٠، وحاشية الجدل عل شرح المنهج : ٧/ ٧٤، ٥٧، وغفة المعتاج : ٤/ ٢٠٠٠. وكشاف الفتاع : ٣/ ١٨٩ وما بعدها، وللغني : ٤/ ١٨٥ وما بعدها، والإنصاف: ٤٩/ ٢٤ وما بعدها.

البيع باقترانه(١).

تقدم أن العقود أسباب لترتب الأحكام الشرعية الثابتة بجعل الشارع، وأن دور العاقدين هو تحصيل الأسباب، وأن الشارع هو الذي حدد الأحكام الأساسية المترتبة على العقود التي يطلق عليها مقتضى العقد، وقد ترك الشارع للعاقدين تنظيم الأخرى غير الأساسية التي لا تعارض هذا المقتضى ولا تتناقض معه، وذلك باشتراط الشروط المحققة لمصلحتهما أو لمصلحة أيَّ منهما.

وقد استقر المتأخرون من الأحناف على مرجعية العرف السائد في التمييز بين الشروط الصحيحة والفاسدة، مما لا يتناقض مع مقتضى العقد، ولذا فإنه لو اشترط أحد العاقدين شرطًا يؤكد ما يوجبه مقتضى العقد فهو شرط صحيح معتبر، وذلك كاشتراط تسليم المبيع أو الثمن أو الرد بالعبب أو حبس المبيع حتى يقبض الثمن، وكاشتراط المقرض رهنًا بالقرض أو كشّر به، أو أن يحيله بقيمته على غره.

لا يصح البيع بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما، أو فيه نفع لمبيع هو من أهل الاستحقاق للنفع بأن يكون آدميًّا، فلو لم يكن كشرط أن لا يركب الدابة المبيعة لم يكن مفسدًا؛ لأنه شرط لم يجر العرف به، ولم يرد الشرع بجوازه، أما لو جرى العرف به كبيع نعل مع شرط تشريكه، أو ورد الشرع به كخيار شرط فلا فساد، كشرط أن يقطعه البائم ويخيطه قباء.

وفي جامع الفصولين: لو ذكرا البيع بلا شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد؛ إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازمًا لحاجة الناس؛ ولذا لو تبايعا بلا ذكر شرط الوفاء ثم شرطاء يكون بيع وفاء؛ إذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة، وبه أفنى في الخيرية وقال: صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه المدة جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد".

وإنما أجاز متأخرو الأحناف الشروط المقترنة بالعقد إذا جرى بها العرف، بناء على القواعد القاضية بأن: « العادة محكمة » و « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ».

⁽١) انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٣/ ١٣٨، حاشينا قليوبي وعميرة : ٢/ ٢٢٤ .

⁽٢) راجع رد المحتار : ٥/ ٨٦، والمبسوط : ٦/ ١٩، والبدائع : ٥/ ١٧١، والخرشي : ٥/ ٨٦، ومواهب الجليل : ٤/ ٢٧٥، والمهذب: ٢٨/١، ١٩/٢، والمغني : ٤/ ٤٨، ٢٨٥.

وقد وضع الأحناف في اعتبارهم كذلك أن في الخروج عن العرف حرجًا ومشقة، وقد صححوا لهذا تأجيل قدر من المهر إلى حين وفاة أحد الزوجين أو الفرقة بينهما، كما أجازوا الاتفاق على مسؤولية الآجر أو المستأجر على خراج الأرض، ويتخرج عليه الاتفاق على قيام المالك بدفع ثمن استهلاك المياه أو الكهرباء أو إعادة طلاء المنزل المستأجر كل فترة معينة.

أما الشروط المعارضة لمقتضى العقد التي لم يجر بها العرف فإنها تفسد ويفسد بها العقد، من ذلك: اشتراط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع، أو ألا يستثمره في وجه من الوجوه، أو ألا يهبه أو لا يخرجه من البلد، فهذه كلها شروط فاسدة يفسد بها العقد، أو تفسدهي دون العقد على الخلاف بين الفقهاء.

وقد جاء في المادة (١٦٤) من القانون المدني الأردني النص على تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، إذا كانت تؤكد مقتضاه أو تلاثمه، أو جرى بها عرف التعامل، وكان فيها نفع لأحد العاقدين أو للغير، ما لم يمنع منها الشرع أو تخالف النظام العام والأداب، وتنفق هذه العادة مع المواد (١٣٦ و ١٣٠) مدنى عراقي، و (١٣٦) سوري.

...

 (مادة ٢٥١): لا يصح تعليق البع بشرط أو حادثة مستقبلة، ولا يصح إضافته إلى وقت مستقبل('').

الأصل في العقود التنجيز، بحيث تترتب آثارها عليها فور إنشائها، إلا العقود التي تحتمل الإضافة إلى المستقبل بطبيعتها كالوصية والإيصاء، أو بالاتفاق على تأخير ترتب آثارها كالإجارة، حيث يصح أن يقول: أجرتك داري عامين بدءًا من الشهر القاده، فينعقد التاهد في الحال، ويتراخى ترتب أثره إلى الوقت المحدد في العقد، أما العقود التي لا تقبل الإضافة ولا التعليق فإنها عقود لا تكون إلا ناجزة؛ وذلك كالبيع والهبة والصلح على مال والزواج والإبراء عن الدين والقسمة والشركة والرجعة، وإنما ذلك لأن هذه العقود تقتضي ترتب آثارها عليها في الحال، فإذا أضيفت إلى المستقبل أو علقت بشرط يحتمل حدوثه في المستقبل تأخرت آثارها، فلا يجوز البيع إن اتفقا عليه إذا رضي به الأب أو الأخ أو فلانة، أو إن سافرت، لأن فيه من الجهالة في ترتب الالتزامات ما لا يخفى، ما ما يؤدي إلى النازع والتشاحن، وإنما يصح التعليق في التصرفات التي لا تؤدي الجهالة

⁽١) انظر كتاب شرح مختصر خليل للخرشي : ٥/ ٣٧، كتاب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٣/ ٤٥٩.

فيها إلى المنازعة، وذلك في الإسقاطات كالتنازل عن الشفعة.

وقد ضبط الأحناف ما لا تصح إضافته من العقود إلى المستقبل، وذكروا أنها عشرة: البيع، وإجازته، وفسخه، والقسمة، والشركة، والهية، والنكاح، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين؛ فإن هذه الأشياء تمليكات فلا يجوز إضافتها إلى الزمان، كما لا يجوز تعليقها بالشرط؛ لما فيه من معنى القمار.

وذكروا: أن ما يصح إضافته إلى المستقبل أربعة عشر: الإجارة، وفسخها، أما الإجارة فلائها تميك المنافع ووجودها لا يتصور في الحال فتكون مضافة ضرورة، وأما فسخها فمعتبر بها فيجوز مضافًا، كما أن فسخ البع وهو الإقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا إضافته إلى الزمان كالبيع، والمزارعة، والمعاملة فإنهما إجارة، ويراعى فيهما شرائطها، والمضاربة، والوكالة فإنهما من باب الإطلاقات والإسقاطات، والكفالة فإنها من باب الاطلاقات والإسقاطات، والكفالة فإنها من باب بخلاف الوكالة حيى موضعه، بخلاف الوكالة حيى يعجز تعليقها بالشرط مطلقًا، والإيصاء أي جعل الشخص وصيًّا بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط مطلقًا، والإيصاء أي جعل الشخص وصيًّا والوصي بالمال؛ لأنهما لا يفيدان إلا بعد الموت فيجوز تعليقهما وإضافتهما، والقضاء، والإسماء أولية وتفويض محض فجاز إضافتهما، والطلاق، والعتاق فإنهما من باب الإطلاقات والإسقاطات وهو ظاهر، والوقف فإن تعليقه إلى ما بعد الموت جاز (1).

♦ (عادة ٢٥٢): يصح بيع المؤجل بالمعجل في السَّلَم بشروطه (٢٠).

في البيوع المباحة الصور التالية:

الأولى: بيع عاجل بعاجل، أي تسليم البائع المشتري العين المباعة حالًا، وكذلك تسليم المشتري البائع الثمن حالًا.

الثانية: بيع عاجل بآجل، وذلك بتسليم البائع المشتري العين المباعة حالاً، ويكون الشمن مؤجلًا على المشتري، وهو مباح؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿ وَأَمَلُ الْمُثَالَثِينَ ﴾ [البقرة: ٢٥٥]، وعنه ﷺ أنه اشترى من يهودي ثوبًا إلى أجل ورهنه درعه ٣٠٠، ولا بد فيه أن يكون الأجل معلومًا؛ لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه في قريب المدة، وذلك

⁽١) درر الحكام: ٢/٢٠٢، تبين الحقائق: ٤/ ١٣٣، رد المحتار: ٥/ ٢٥٦.

⁽٢) انظر كتاب مواهب الجليل: ١٥/٤، كتاب شرح البهجة: ٢/ ٥٦، شرح متهى الإرادات: ٨٨/٨٠. (٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٢٩ برقم: ١٠٨٨، وفي صحيح مسلم: ١٢٢٦/٣ برقم: ١٠٢٠.

يسلم في بعيدها، مما يؤدي إلى المنازعة، فإذا جهل وقته فسد البيع، كالبيع إلى الحصاد إن مات البائع لا يبطل الأجل، وإن مات المشتري حل المال؛ لأن فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الأجل تمين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل، وإذا منم البائع السلعة سنة الأجل فللمشتري أجل سنة ثانية، إذا كان تأجيل الثمن إلى سنة غير معينة وقالا: ليسر له ذلك¹⁰.

الثالثة: بيم آجل بعاجل، وهو السلم، ويكون بتسليم المشتري البائع الثمن معجدًا، وتكون العين المباعة مؤجلة في ذمة البائع؛ إذ السلم أخذ عاجل بآجل، وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال، اختص باسم؛ لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه، وهو تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخد كالصد ف.

ودليل مشروعية السلم من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ يَمَاَّيُهَا اللَّهِرِيَّ يَامَثُوّا إِذَا تَدَايَنَمُ يَمْنِهِ إِنَّ أَجَـُكُو تُسَكَّى فَاصَحُمُهُمُ ﴾ [البترة: ٢٨٦] وقال ابن عباس: أشهد أن السلم المؤجل في كتاب اللَّه تعالى أنزل فيه أطول آية، وتلا هذه الآية.

ومن السنة: ما روي أن النبي ﷺ: ﴿ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم ﴾ وإنما جوزه للحاجة بطريق إقامة الأجل مقام الوجود في ملكه رخصة ﴾ لأن بالوجود في ملكه يقدر على التسليم، وبالأجل كذلك، فإنه يقدر على التسليم إما بالتكسب في المدة أو مجيء أوان الحصاد في الطعام، وفي الحديث عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنه - أن النبي ﷺ دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال - صلوات الله تعالى عليه - : ﴿ من السلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى اجل معلوم منا

والشرائط التي يحتاج إلى ذكرها في السلم عند أبي حنية سبعة: إعلام الجنس في المسلم فيه، وإعلام النوع، وإعلام القدر، وإعلام الصفة، وإعلام الأجل، وإعلام المكان الذي يوفيه فيه أله حمل ومؤنة، وإعلام قدر رأس المال، والأصل في هذه الشرائط الحديث الذي روينا، فإن رسول الله ﷺ أمر بإعلام القدر؛ ولأن ترك إعلامه يفضي إلى المنازعة التي تمنع البائع عن التسليم والتسلم، فدل ذلك على أن كل جهالة تفضي إلى المنازعة المانمة عن التسليم والتسلم بحب إزالتها بالإعلام، وجهالة الجنس تفضي إلى ذلك؛ لأنه إذا أسلم

⁽١) راجع درر الحكام : ١٤٦/٢.

⁽٢) صحيح البخاري حديث : ٢/ ٧٨١ برقم: ٢١١٤، وأبو داود في السنن حديث : ٢/ ٢٧٥ برقم: ٣٤٦٣، والحديث صححه البخاري.

البيوع: عقد البيم ________ ١٠٩

في شيء فرَبُّ السلم يطالبه بأعلى الأشياء، والمسلم إليه لا يعطي إلا أدنى الأشياء، ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم، فلا بد من إعلام الجنس لقطع هذه المنازعة.

وكذلك إعلام النوع، فإنه إذا أسلم إليه في تمر فالمسلم إليه يعطيه الدقل ورب السلم يطالبه بالفارسي، ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم، فلا بد من إعلام النوع لقطم هذه المنازعة.

وكذلك إعلام الصفة؛ لأنه إذا أسلم إليه في الحنطة فرب السلم يطالبه بحنطة جيدة، والمسلم إليه لا يسلم إلا الرديء، ويحتج كل واحد منهما باسم الحنطة، فلا بد من بيان الصفة؛ لقطع هذه الخصومة.

وإعلام القدر منصوص عليه في الحديث وجهالته تفضي إلى المنازعة؛ ولأن المقصود بهذا العقد الاسترباح، ولا يعرف ذلك إلا بمعرفة مقدار المالية، والمالية تختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر، فلا بد من إعلام ذلك كله ليصير ما هو المقصود لكل واحد منهما معلومًا له.

به الأجل فهو من شرائط السلم عندنا، وقال الشافعي: الأجل يثبت ترفيها لا شرطًا، حتى يجوز السلم عندنا حالًا في الموجود، فأما في المعدوم لا يجوز السلم إلا مؤجلًا، واحتج في ذلك بالحديث ورخص في السلم، فأنب في السلم رحصة مطلقة، واشتراط التأجيل فيه لا يكون زيادة على النص، والمعنى فيه أنه صار معاوضة مال بمال فيكون الأجل فيه ترفيها لا شرطًا كالبيع والإجارة؛ وهذا لأن المسلم فيه دين، وشرط جواز العقد القدرة على التسليم، وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم، والظاهر من حال العاقل أنه لا يقدم على التزام تسليم ما لا يقدر على تسليمه، فإذا قبل: السلم فيما هو موجود في العالم فالظاهر أنه قادر على تسليمه، وذلك يكفي لجواز الغقد، وإن لم يكن قادرًا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم، ولهذا أوجبنا تسليم وأس المال على رب السلم أولا قبل قبض المسلم فيه؛ ولذا فإنه باع ما لا يقدر على تسليمه عند وجوب التسليم فلا يجوز العقد، كما لو قبل: السلم في المعدوم حالًا.

وبيان ذلك أن: عقد السلم من عقود المفاليس فإنه يكون بدون ثمن المثل، ولو كان موجودًا في ملكه لكان يبيعه بأوفى الأثمان، ولا يقبل السلم فيه بدون القيمة، ولا يقال: إنه إنما يقبل السلم فيه لإسقاط مؤنة الإحضار والإراءة للمشتري فيه؛ لأن صاحب الشرع استثنى السلم من بيع ما ليس عند الإنسان، وبالإجماع: المراد بيع ما ليس في ملكه، فإن ما في ملكه وإن لم يكن حاضرًا يجوز بيعه إذا كان المشتري رآه قبل ذلك، وما ليس في ملكه، وإن كان حاضرًا لا يجوز بيعه، فعرفنا أن المراد قبول السلم فيما لا يقدر على تسليمه، وبالعقد لا يصير قادرًا على التسليم؛ لأن العقد سبب للوجوب عليه لا له، فلا تنبت به قدرته على التسليم، وإنما تكون قدرته بالاكتساب، ويحتاج ذلك إلى مدة، فإذا كان مؤجلًا لا يظهر المانع وهو عجزه عن التسليم، وإذا كان حالًا يظهر المانع.

والدليل عليه أن: بالاتفاق يجب تسليم رأس المال أولاً، فلو جاز أن يكون المسلم فيه حالًا لم يجب تسليم رأس المال أولاً؛ لأن قيمة المعاوضة التسوية بين المتعاقدين في التعليك والتسليم، ويتضح هذا فيما إذا كان رأس المال عينًا، فإن أول التسليم في البدل الذي هو دين كالثمن في بيم العين^(١).

● (عادة ۲۰۳): مصاریف عقد البیع فیما یتملق بنسلیم المبیع، کأجرة کیل ووزن مبیع إذا بیع بهما علی البائع، و کذا أجرة دلال إذا باع بنفسه، فلو سعی بین المتبایمین حتی باع المالك بنفسه یعتبر العرف، وفیما یتعلق بنسلیم الثمن، کأجرة نقده ووزنه علی المشتزی، و کذا أجرة کتابة السندات والحجح تکون علی المشتری^(۱).

الأصل أن تسليم المبيع على البائع، فكل ما هو من تمامه عليه، فأجرة الكيل على البائع فيما إذا بيع مكايلة، وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعدَّه على البائع؛ لأن الكيل والوزن والذرع والعدَّ نيما بيع مكايلة أو موازنة أو مذارعة أو معادة من تمام التسليم، وتسليم المبيع على البائم، فكذا تمامه.

وكذلك تسليم الثمن على المشتري، وعليه فكل ما هو من تمامه عليه، وليس له أخذ شي، من البائع، فأجر تشيء من البائع، فأجر من تمام التسليم، وتسليم الثمن من البائع، فأجره نقد الثمن ووزنه على المشتري؛ لأن الوزن من تمام، وكذا يجب عليه تسليم الجيد؛ لأن حق البائع تعلق به فيكون أجرة من يميز ذلك عليه؛ إذ هو المحتاج إليه، وقيل: أجرة نقد الثمن على البائع؛ لأن النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره، فكان هو المحتاج إليه فتكون أجرة ماه.

⁽١) راجع المبسوط: ١٢٧/١٢.

 ⁽٢) نمست المادة (٣١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أي حنيفة على أن: ٩ ما كان من تسليم
 المبيم، فأجرته على الباتع... ٩.

وأما الدلال فإن باع العين بنفسه بإذن ربها فأجرته على البائع، وإن سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف، وليس له أخذ شيء من المشتري؛ لأنه هو العاقد حقيقة ١٠٠٪

(١) راجع تبيين الحقائق: ٤/ ١٤، البحر الرائق: ٥/ ٣٣١، مجمع الانهر: ٢/ ٢١، رد المحتار: ٤/ ٥٦١.

الفَضِلُالثَّانِیْ

فى العاقدين

(مادة ٢٥٤): يشترط الانعقاد البيع أن يكون كل من العاقدين أهلًا للعقد (أي عاقلًا مميرًا)
 فلا ينعقد بيم المجنون والصبى الغير المميز .

يشترط في العاقد أن يكون عاقلاً، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه، فأما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا، حتى لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوقاً على إجازة وليه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ، وعند الشافعي شرط، فلا تنعقد تصرفات الصبي عنده أصلاً، وكذا الحربة ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه، حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالإجماع، وينعقد بيع العبد المحجور إذا باع مال مولاء موقوقاً على إجازته عندنا، وكذا الملك أو الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا، بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع الفضولي، وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلًا".

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: ويشترط لانعقاد البيع:

- ١ أن يكون العاقدان أهلًا للتعاقد، ويتم العقد بعبارة الأب وحده.
 - ٢ ~ أن يوافق القبولُ الإيجابَ، ويتصل به في المجلس.
- ٣ أن يكون المعقود عليه مالًا موجودًا متقومًا مملوكًا مقدور التسليم.

ولا يشترط البلوغ، فلو باع الصبي المميز مال نفسه ينعقد موقوفًا على إجازة وليه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ، والبلوغ ليس شرطًا للنفاذ في الجملة حتى لو توكَّل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصوفه ٤.

 (مادة ٣٥٥): يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكًا لما يبيعه، أو وكبلًا لمالكه أو وليه أو وصيه، وأن يكون المالك البائع بنفسه غير محجور عليه، وأن لا يتعلق بالمبيع حق الغير.
 من شروط انعقاد البيع أن يكون المبيع معلوكًا للبائع عند البيع، فإن لم يكن لا ينعقد،

⁽١) انظر بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠١، وانظر المادة (٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصة، فإنه روي أن حكيم بن حزام كان يبيع النام أشياء لا يملكها، ويأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: • لا تبع ما ليس عندك ١٠٦، فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره فإن كان البائع وكيلاً أو كفيلاً لم يشترط كون المبيع معلوكًا للبائع ٢٠٠، وإن كان فضوائيًا فليس الملك برط لانمقاد البيع، بل من شرائط النفاذ؛ إذ يبع الفضولي يكون منعقدًا موقوفًا على إجازة المالك فإن أجاز أنفذ وإن رد بطل.

وفي المادة (١٠٨) مدني أردني أنه: * يجوز التعاقد بالأصالة أو بطريق النيابة ما لم يقصد القانون بغير ذلك * وتستند هذه المادة إلى ما جاء في المادة (١٤٤٩) من المجلة العدلية.

♦ (مادة ٣٥٦): يشترط لصحة البيع رضا المتعاقدين بالبيع والشراء من غير إكراه ولا إجبار.

من شروط انعقاد العقد: الرضا؛ لقول اللَّه تعالى: ﴿ إِلَّا آنَتُكُوكَ نِحَكُمُ تَعَنَّرُونَ مِنكُمُ ﴾ [الساء: ٢٩] عقيب قوله عز اسمه: ﴿ يَتَأَيُّهُا اللَّهِرَ مَاسَدُوا لَا تَأْكُلُوا أَشُولَكُمْ بَيْنَكُمُ اللَّهِرَ اللَّهِ اللَّهُ اللَّ

ومثل هذا لم يرد في البيع، وعلى هذا يخرج بيع المنابذة، والملامسة، والحصاة الذي كان يفعله أهل الجاهلية: كان الرجلان يتساومان السلعة فإذا أراد أحدهما إلزام البيع نبذ السلعة إلى المشتري، فيلزم البيع رضي المشتري أم سخط، أو لمسها المشتري، أو وضع عليها حصاة، فجاء الإسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله.

وعلى هذا يخرج بيع التلجئة ، وجملة الكلام فيه: أن التلجئة في الأصل لا تخلو إما أن تكون في إنشاء في نفس البيع ، فإما أن تكون في إنشاء في نفس البيع ، فإما أن تكون في إنشاء البيع ، وإما أن تكون في الله لأمر البيع ، وإما أن تكون في السر لأمر البيع ، وإما أن تكون في السر لأمر الميام إليه على أن يظهر البيع ، ولا بيع بينهما حقيقة وإنما هو إعلان وسمعة ، نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل: إني أظهر أني بعت منك داري، وليس بيبع في الحقيقة وإنما هو تلجئة فتبايعا، فالبيع بإطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد؛

^{. (}١) سنن أبي داود: ٣/ ٢٨٣ برقم: ٣٥٠٣. (٣) سنن البيهقي الكبرى: ٨/ ١٨٢ برقم: ١٦٥٣٣.

⁽٢) بدائع الصنائع: ٥/ ٢١٩، (٤) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٦٢.

٧١٧ ---- البيوع: العاقدان

لأنهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة.

قاما إذا كانت في الثمن، فإن كانت في قدره؛ بأن تواضعا في السر والباطن على أن يكون الثمن ألم أن يكون الثمن ألمّا ويتبايعان في الظاهر بألفين، فإن لم يقولا عند المواضعة: ألف منهما رياء وسمعة، فالثمن ما تعاقدا عليه؛ لأن الثمن اسم للمذكور عند العقد، والمذكور عند العقد ألفان، فإن لم يذكرا: أن أحدهما رياء وسمعة، صحت تسمية الألفين، وإن قالا عند المواضعة: ألف شها رياء وسمعة فالثمن ثمن السر، والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة، وهو قول أبي وسف ومحمد.

وإن كان الثمن من جنس آخر فالعقد هو العقد الأول، وإن كان من جنس الأول فالعقد هو العقد الثاني؛ لأن البيع يحتمل الفسخ فكان العقد هو العقد الثاني، لكن بالثمن الأول والزيادة باطلة؛ لأنهما أيطلاها حيث هز لا بها.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة الثانية من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية وشرحها على مذهب الإمام أبي حنيفة، حيث ورد فيها أن: « ينعقد البيع بتلاقي الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما الاً.

وبهذا فإن الاتفاق في الفقه والقانون على أنه لا يكفي توافر أهلية العاقدين لانعقاد المقد، بل يجب أن تسلم إرادتهما من العيوب المؤثرة في تحقيق رضاهما بعد، وتشمل مذه العيوب كلًّا من الإكراء والتغير والغين والغلط، ويفرق الحنفية بين الرضا والاختيار في حين أن المالكية فيجعلون الرضا منصرفًا إلى العبارة، في حين أن المالكية والشافعية والحتابلة يجعلون الرضا والاختيار شيئًا واحدًا هو توجه الإرادة إلى إنشاء المقد، بالعبارة الدالة عليه قصدًا إلى تحقيق أحكامه المترتبة عليه، والإكراء كما جاء في المادة (١٣٥) مدني أردني هو: ١ إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملًا دون رضاه، ويكون مادًا، ومعكّر و معناً .

وينقسم الإكراه طبعًا لما جاء في المادة (١٣٦) من هذا القانون إلى: ملجئ، إذا تحقق بالتهديد بخطر جسيم محدق يلحق بالجسم أو المال، ويكون غير ملجئ، إذا كان تهديدًا بما دون ذلك، والإكراه الملجئ كما جاء في المادة (١٣٨) من هذا القانون • يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ٤.

ولذا فإن المادة (١٤١) مدنى أردني وما يقابلها من القوانين المدنية العربية تنص على

⁽١) فتح القدير: ٥/ ٧٤، ٧٥، ابن عابدين: ٤/ ٥ - ١٢، بدائم الصنائم: ١٣٢، ١٣٤.

أن: « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا ».

.. ***

● (مادة ۲۵۷): إيماء الأخرس خلقة - أي إشارته المعروفة - كالبيان باللسان، فإذا باع
الأخرس أو اشترى شيئًا بإشارته المعروفة صح بيعه وشراؤه، وإشارته معتبرة وإن كان قادرًا
على الكتابة، وكتابته كإشارته.

النطق ليس بشرط في التعبير عن الإرادة، فكما يجوز التعبير عنها باللفظ فإنه يجوز بالكتابة وبالإشارة المعهودة، فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك؛ لأن الإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة (١٠).

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١٧٤) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه:
« ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس »؛ لأنها تقوم مقام خطابه وبيانه، ولا ينعقد البيع
عند الأحناف بإشارة المتكلم؛ لأن الأصل بالإيجاب والقبول التلفظ، والإشارة قبلت من
الأخرس للحاجة، والحاجة تقدر بقدرها، أما لو قال المشتري للبائع: أخذت منك هذا المال
بكذا، هل أنت راض؟ فحرك البائع رأسه إشارة تدل على الرضأ انعقد البيع؛ لأن الإشارة
بيان؛ ولأن السكوت في معرض الحاجة قرار.

ويتفق أيضًا مع ما ورد في المادة (٢) من تفنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تتضمن النص على أنه:

« يقوم مقام اللفظ في الإيجاب والقبول الإشارة المفهومة بالنسبة للأخرس؛ لأنها تقوم مقام عبارته ».

وفي المادة (٩٣) مدني أردني النص على أن: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفًا ولو من غير الأخرس، وبالعبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على التراضي ».

وتجدر الإشارة إلى توسع المالكية في تصحيح التعبير عن الإرادة بالإشارة؛ إذ يستوي في ذلك عندهم الأخرس وغير الأخرس، وقد نصوا على انعقاد العقد بما يدل على الرضا عرفًا، سواء دل عليه لغة أو لم يدل، كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة، ولا تتقيد الإشارة

⁽١) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٣،٢٠٢.

التي ينعقد بها العقد بأن تكون من الأخرس.

...

 (عادة ٢٥٨): بيع المريض في مرض موته لوارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان بثمن المثل، فإن أجازوه جاز وإن لم يجيزوه بطل.

تصرف المريض مرض الموت مقيد بعدم إضراره بورثه؛ لتعلق حقوقهم بتركته ابتداء من حدوث المرض؛ فلو باع شيئًا من ماله لأحد ورثه ولو بثمن المثل عند أبي حنيفة فيصبر ذلك موقوفًا على إجازة سائر الورثة، فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيم، وإن لم يجيزوه لم ينفذ، ولا تعتبر الإجازة إذا وقعت قبل الوفاة؛ لأن حق الوارث لا يثبت إلا بعد وفاة المورث، ويجوز للمريض مرض الموت عند أبني يوسف ومحمد أن يبيع ماله لوارثه بثمن منتخلافًا.

والوارث المقصود هنا هو من كان وارثًا حين الوفاة؛ لذلك إذا كان وارثًا قبل الوفاة وبطل إرثه بسبب حجبه من غيره يكون كالأجنبي، وكذا غير الوارث إذا صار وارثًا عند الوفاة فالبيع له والشراء منه باطل.

أما تصرفات المريض مرض الموت لغير الوارث بالتيرع أو المحاباة فتأخذ حكم الوصية وتتقيد بالثلث، فلو باع بأقل من ثمن المثل نفذ بيعه من ثلث التركة، وإن لم يشتمل البيع على المحاباة بأن كان بثمن المثل صح البيع ونفذ، وقد اتجهت القوانين العربية إلى تصحيح تصرف المريض مرض الموت للوارث بمحاباته من غير إجازة الورثة في حدود ثلث التركة، فالمادة (٤٤٥) مدني سوري، والمادة (٢٧) من قانون الوصية المصري تنصان على جواز الوصية للوارث بدون رضا الورثة في حدود ثلث التركة، وطبقًا لذلك فإنه إذا كان البيع بالمحاباة خاضعًا لأحكام الوصية فإنه يتغذ من المريض مرض الموت إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن في حدود ثلث التركة.

(مادة ۲۰۹): بجوز يع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير،
 ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين(١٠).

اتفق الفقهاء على أن المريض إذا باع شيئًا من أعيان ماله لأجنبي بثمن المثل أو بما يتغابن

⁽١) راجع تنقيح الحامدية من إقرار المريض.

الناس بمثله، فيبعه صحيح نافذ؛ لأن المريض غير محجور عن المعاوضة المعتادة التي لا تمس حقوق دائنيه وورثه ((أ) فإن مرض الموت لا يؤثر في أهليته، ولو كان المريض مدينًا بدين مستغرق فإن البيع صحيح نافذ على العوض المسمي إذا لم ينقص عن ثمن المثل، ولا حق للدائنين في الاعتراض عليه؛ لأن حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها، والمدين وإن كان قد أخرج شيئًا من ملكه بهذا البيع فإنه قد أدخل فيه ما يقابله من الثمن المساوي للقيمة، أما إذا كان البيع بأقل من ثمن المثل فلا ينفذ، سواء كان الغين يسيرًا أو كثيرًا إلا برضا الدائنين؛ لتعلق حقهم بمال المدين وفاء لدينهم، فإن لم يجيزوا خُيِّر المشتري بين بلوغ المبيع قيمة المثل؛ منمًا للإضرار بالدائنين، وبين ضخ العقد، فإن تعذر الفسخ لهلاك المبيع أو تصوفه فيه تصرفًا ناقلًا للملك لزمه إتمام الثمن إلى ثمن المثل.

● (مادة ٣٦٠): إذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغين فاحش نقصًا في الثمن فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله، فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين، بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع، وإن كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه يُخيِّر المشتريٰ بين أن يدفع للورثة الزائد على الثلث لإكمال ما نقص من الثلثين أو يضبخ البيع.

إذا باع المريض شيئًا من ماله لأجنبي وحاباه في البيع، فإن كانت المحاباة بحيث يحملها ثلث التركة فإن البيع صحيح نافذ على البدل المسمى؛ لأن المريض له أن يتبرع لغير وارثه بثلث ماله، ويكون هذا التبرع نافذًا، وإن لم يجزء الورثة.

أما إذا كانت المحاباة أكثر من ثلث ماله، فإن أجازها الورثة نفذت؛ لأن المنع كان لحقهم، وقد أسقطوه، وإن لم يجيزوها وزادت المحاباة على الثلث، فيخير المشتري بين أن يدفع للورثة قيمة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين، وبين أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى الورثة ويأخذ ما دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكنًا".

وهذه المادة تنفق مع ما ورد في مادة (٣٩٤) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: (إذا باع المريض في مرض موته شيئًا لأجنبي بثمن المثل صح بيعه، وإن باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع محاباة يعتبر من ثلث ماله، فإن كان الثلث وافيًا به صح، وإن كان الثلث لا يفي به لزم المشتري إكمال ما نقص من ثمن المثل وإعطاؤه للورثة، فإن أكمل لزم البيم، وإلا كان للورثة فسخه.

⁽١) الموسوعة الفقهية: ٣٧/ ١٦، والمراجع المثبتة هناك. (٢) الموسوعة الفقهية: ٣٧/ ١٦.

٧١٨ -------- اليوع: العاقد

مثلاً: لو كان شخص لا يملك إلا دارًا تساوي ألفًا وخمسمائة قرش، فياع الدار المذكورة في مرض موته لأجنبي غير وارث له بألف قرش وسلمها له ثم مات، فيما أن ثلث ماله يفي بما حابى به وهو خمسمائة قرش كان هذا البيع صحيحًا معتبرًا، وليس للورثة فسخه حينئي، وإذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسمائة قرش وسلمها للمشتري فيما أن ثلث ماله الذي هو خمسمائة قرش يعدل نصف ما حابي به وهو ألف قرش، فحينئذ للورثة أن يطلبوا من المشتري نصف ما حابي به مورثهم وهو خمسمائة قرش، فإن أداها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيم، وإن لم يؤدها كان للورثة فسخ البيع واسترداد الدار ٤.

وكذا الحكم بالشراء، وإذا كان المشتري مخيرًا بخيار الشرط ثم مرض في مدة الخيار وأسقط خياره، أو سقط الخيار بانقضاء مدته يكون البيع نافذًا إذا كان لا محاباة فيه، وإلا يكلف البائم إكمال الثمن، وإذا امتنع يفسخ البيم.

● (مادة ٣٦١): إذا باح المريض لأجنبي شيئًا من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة و كان مديونًا بدين مستفرق لماله فلا تصح المحاباة، سواء أجازته الورثة أم لم يجيزوه، ويخير المشتري من قبل أصحاب الديون، فإن شاء بلغ المبيع تمام القيمة، وإلا فسخ البيم، فإن كان قد تصرف في المبيم قبل الفسخ تلزمه قيمته بالفق ما بلغت\١٠.

تناولت هذه المادة بيع المريض لأجنبي شيئًا من ماله بمحاباة فاحشة، وأنه لا تنفذ المحاباة، سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بإجازة الدائنين؛ لتعلق حقهم بماله، فإن لم يجبزوها خير المشتري بين أن يبلغ الصبيع تمام قيمته، وبين فسخ العقد وأخذ مادفعه من الثمن''.

جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية أنه: سثل في رجل باع في مرض موته حصة معلومة من غراس معلوم من شريكيه فيه لأجنبين عنه بثمن معلوم مقبوض، وفيه محاباة، وعليه دين محيط بتركته، فهل يقال للشريكين: إما أن تتما القيمة أو نفسخا البيم؟

الجواب: قال في العمادية من أول باب البيع أن: المريض الذي عليه دين محيط بماله إذا باع عينًا من أعيان ماله من أجنبي بغين يسير لا تصح المحاباة عند الكل، أجازت الورثة أو لم يجيزوا، ويقال للمشتري: إن شئت فيلغ تمام القيمة، وإن شئت فافسخ البيع، وإن لم يكن عليه دين يجوز إن كانت المحاباة بقدر الثلث.ا.هدالله.

⁽۱) دليله في تنقيح الحامدية من باب إقرار المريض و فتعتبر المحاباة ولو يسيرة مع استغراق الدين ٤ من ص: ٦٧. (٢) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٨/٣٨.

وجاء في المادة (٣٩٥) من مجلة الأحكام المدلية أنه: ٩ إذا باع رجل في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل، ثم مات مديونًا وتركته مستغرقة، كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري بإبلاغ قيمة ما اشتراه إلى ثمن المثل وإكماله وأدائه للتركة، فإن لم يفعل فسخوا البيم ١٠٠٠.

أما إذا كان في البيع محاباة للمشتري، فلا تنفذ المحاباة، سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بإجازة الدانتير؛ لتعلق حقهم بماله، فإن لم يجيزوا خُيِّر المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته، ولا اعتراض للدانتين عليه؛ إذ لا ضرر يلحقهم، ويين فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكنًا، أما إذا تعذر الفسخ، كما إذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه ألزم بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة.

(عادة ٣٦٧): لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للبتيم ولا أن يشتري مال البتيم لنفسه، وله أن يشتري من الوصي شيئًا من مال البتيم أو يبيع ماله من البتيم، ويقبل وصيه، وإن كان هو الذي أقامه وصيًّا.

تناولت هذه المادة بيع القاضي مال اليتيم من نفسه أو بيعه مال نفسه من اليتيم: أنه لا يجوز؟ وذلك لأن بيع القاضي مال الصغير يكون على وجه الحكم، وحكم القاضي لنفسه باطل، وجاء في نوادر ابن رستم في أول مسائل النكاح عن محمد، في القاضي إذا زوج الصغيرة البيمة من ابنه الصغير، وكذلك لو زوجها ممن لا تقبل شهادته له: أنه لا يجوز؛ لأن نكاح القاضي يكون على وجه الحكم، ولا يجوز حكمه لابنه الصغير ولا لمن لا تقبل شهادته له، قال الناطفي في أجناسه من مسائل البيوع: ذكر محمد في السير الكبير أن بيع القاضي مال الصغير من نفسه لا يجوز على قول محمد، وأما على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز.

وفي واقعات الناطفي: إذا اشترى مال اليتيم لنفسه من وصي اليتيم يجوز، وإن كان القاضي هو الذي جعله وصيًّا؛ لأن الوصي ناتب عن العيت لا عن القاضي، وكذا إذا باع أمين القاضي مال الصغير بأمر القاضي، وقبض المشتري العبيع ولم يسلم الثعن حتى أمر القاضي الأمين أن يضمن الثمن عن المشتري فضمن صح ضمانه، وكذلك الجواب في أمين القاضي.

والأب إذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يصح ضمانه.

وفي نوادر بشر: عن أبي يوسف أنه إذا اشترى القاضي من متاع اليتيم لنفسه شيئًا فهو بمنزلة

⁽١) انظر المادة (٣٩٥) من مجلة الأحكام العدلية.

٧٢٠ ------ اليوع: العاقدا

الوصي، فإذا رفع إلى قاض آخر نظر فيه، فإن كان خيرًا للبتيم أجازه وإلا لم يجزه، وكره القاضي شراءه(١٠)

وجاء في الفتاوى الهندية: « القاضي إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى مال اليتيم لنفسه لا يجوز ... ، ، ٬٬٬۰

(مادة ٣٦٣): يجوز للأب الذي له ولاية على ولده الصغير أو الكبير الملحق به أن يبيع
 ماله لولده، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته وبغين يسير لا فاحش.

و لا يبرأ الأب في الشراء من الثمن حتى ينصب القاضي لولده قيمًا فيأخذ الثمن من الأب، ثم يسلمه إليه ليحفظه لولده، وإن باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضًا له بمجرد البيع، حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الأب.

تناولت هذه المادة جواز بيع الأب مال ولده لنفسه بمثل القيمة أو بغين يسير يغتغر في حاجة في تعاملات الناس، وهو كالأجنبي في مال الصغير، فإذا أنفق من مال ابنه الصغير في حاجة نفسه حتى وجب عليه الفصمان لم يبرأ عنه، حتى ينصب القاضي قيمًا يأخذ البدل المضمون ويحفظه للصغير، وفي الهاروني: الشمن الذي لزم الأب بشراه مال ولده فلا يبرأ الألب منه حتى يكون في يده عن ابنه وديعة، وإذا باع داره من ابنه في عياله، والأب ساكن فيها لا يعمير الابن قابضًا حتى يغرغها الأب، حتى لو انهدمت الدار والأب فيها يكون الهلاك على الأب، وكذلك لو كان فيها متاع الأب أو عياله وهو غير ساكن فيها، فإن فرغها الأب مار الابن قابضًا، فإن عزم الأب بعدما تحول منها فسكنها أو جعل فيها متاعًا أو أسكنها عياله وكان غنيًّا صار بمنزلة الغاصب.

وفي الهاروني: ولو باع الأب من ابنه الصغير جبة، وهي على الأب، أو طيلسانًا هو لابسه أو خاتمًا في أصبعه لا يصير الابن قابضًا حتى ينزع ذلك الأب، وكذلك في الدابة والأب راكبها، وكذلك إن كان عليها حمل حتى ينزعه عنها".

 والثمن الذي لزم بشراء مال ولده لنفسه لا يبرأ منه، حتى ينصب القاضي وكيلًا عن الصغير فيقبضه من أبيه، ثم يردَّه إليه فيكون وديعة من ابته في يده ١٤٠٠.

⁽١) انظز: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٨/ ٥٣٠.

⁽٢) الفتاوي الهندية: ٣/ ١٧٦.

⁽٣) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٨/ ٢٥٩.

⁽٤) الفتاوي الهندية: ٣/ ١٧٣، ١٧٤.

ويتفق ذلك مع ما ورد في المادة (٩٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (١)، و نصها:

 ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة ١٤٠٠، ومع المادة (٩٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها^(٢٢):

١ - ﴿ يقع باطلًا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

 ٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بيئة منها ١٠٥٠.

♦ (مادة ٣٦٤) أن لا يجوز للوصي المقام من قبل القاضي أن يشتري لنفسه شيئًا من مال البتيم من نفسه، ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم من نفسه، ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم من نفسه، ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم أم لا، فلو اشترى هذا الوصى من القاضى أو باع جاز.

تناولت هذه المادة حكم شراء وصي القاضي لنفسه شيئًا من مال اليتم أو بيعه من نفسه، وأن ذلك لا يجوز بكل حال؛ لأنه وكيل يعمل لمصلحة موكله لا لمصلحة نفسه.

وقال المتأخرون من الأحناف: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير، إلا أن يكون على الميت دين، أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى، وهو يشمل العروض والعقار وما يخاف عليه الفساد وغير ذلك(٢٠).

ووصى القاضي كالقاضي في ذلك؛ لأن وصى القاضي وكيل محض، والوكيل لا يملك

⁽١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدنى طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٥) ص: ٢٢.

⁽۲) تتفق المادة المذكورة مع المادة (۱۱۰) من مشروع القانون المدني المصري، و المادة (۱۱۷) من المدني الأردني، و المادة (۹۲) من المدني العراقي، والمادة (۱/۸) من المدني الكويتي.

⁽٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٩) ص: ٣٣.

⁽ع) تنفق هذه المادة مع المواد (۱۱۶) من مشروع القانون الدن المصري، و(۱۰۷) مدني عراقي، ونصها: « المعوه هو في حكم الصغير المدير ٤٠ دو المادة (۱۰۸) من مشروع القانون الدن المصري، ونصها: « المجنون المطبق في حكم الصغير غير المدير، أما المجنون غير المطبق تصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العائل 4، و المادة (۱۲۸) مدني أردن، ونصها: - 1- المنوء هو في حكم الصغير المبيز.

المجنون المطبق هو في حكم الصغير المديز، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل ٤.
 والمواد (٨٥، ٩٥، ٢٠٠) من المدنى الكويتي.

 ⁽٥) المواد من رقم (٣٦٤) إلى رقم (٤٣٦) ذكرت في طبعة دار الفرجاني خطأ فلم يذكر رقم المادة (٣٦٤).

⁽¹⁾ انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٨/ ٥٣٤.

البيع والشراء لنفسه، وهو أولى من الوصي المختار من الأب في ألا يصح انفراده ببيع وشراء مال أحد البتيمين للآخر؛ لأن ذلك أقوى منه، إذ هو مختار الآب، ولا يجوز له ذلك، فأولى منه بعدم الجواز من ليس مختارًا للآب، يوضحه: أن القاضي الذي عينه وصيًّا لا يملك ذلك فكان فعله بعدم الجواز أحرى⁽¹⁾.

وتنفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (٢) و نصها:

١ = ٤ إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفمًا محضًا،
 وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا.

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون موقوفة لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون ».

♦ (مادة ٣٦٥): لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أن يبع مال نفسه لليتيم، و لا أن يشتري لنفسه لليتيم، و لا أن يشتري لنفسه شيئًا من مال اليتيم، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم، والخيرية في المقار هو أن يشتريه بضمف قيمته، والخيرية في المتقول أن يشتريه بثمن زائد على قيمته بمقدار الثلث، وأن يبيعه إليه بثمن ناقص عن قيمته بمقدار الثلث أيضًا "".

تناولت هذه المادة بيع الوصي المختار وشراءه لنفسه؛ فلو اشترى الوصي مال البتيم لنفسه جاز في قول أبي حنيفة إذا كان خيرًا لليتيم، والخيرية في غير العقار ما قال شمس الأثمة: أن يبع مال نفسه ما يساوي خمسة عشر بعشرة، وأن يشتري لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر، وتفسير الخيرية في العقار عند البعض: أن يشتري لنفسه بضعف القيمة، وأن يبيم من البتيم بنصف القيمة (1).

وقال المتأخرون من الأحناف: لا يجوز للوصي بيع عقاز الصغير إلا أن يكون على الميت دين، أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن، قال الصدر

⁽١) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص: ١١٤.

⁽٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٦) ص: ٢٣.

⁽٤) الفتاوي الهندية: ٣/ ١٧٥، ١٧٦.

الشهيد: وبه يفتى، وأطلق المصنف في البيع والشراء، فشمل العروض والعقار وما يخاف عليه الفساد وغير ذلك''.

⁽١) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٨/ ٥٣٤.

باب: في شروط المبيع وفيما لا يجوز بيعه وما لا يجوز في كيفية المبيع

الغَصِٰلُ الْأُوَّلُ

في شروط المبيع وأوصافه

♦ (عادة ٣٦٦): يشترط أن يكون العبيع موجودًا، وأن يكون مالًا متقومًا مقدور التسليم، وأن يكون معلمًا نافيًا للجهالة الفاحشة (١٠).

تناولت هذه المادة شروط المبيع، أما ما يرجع إلى المعقود عليه منها، فالشروط أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم، كبيع نتاج النتاج، كما لو قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع؛ لاحتمال انتفاخ الضرع.

وكذا بيم الشمر والزرع قبل ظهوره؛ لأنهما معدومان، وإن كان بعد الطلوع جاز، وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك، ومن مشايخنا من قال: لا يجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلًا لا ينمقد.

واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه " نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ""؛ ولأنه إذا لم يبد صلاحها لم يكن منتفاً بها، فلا تكون مالاً فلا يجوز بيمها، والدليل على جواز بيعه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "من باع نخلاً مؤيرًا فالشعرة للبائع إلا أن يشتر طها المبتاع ا""، جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا، دلَّ أنها محل البيع كيف ما كان، والمعنى فيه، وهو أنه باع ثمرة موجودة، وهي بعرض أن تصير منتفعًا بها،

⁽١) يشترط في المبيع لانعقاد البيع عدة شروط:

١ - أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع ثمرة لم تبرز أصلًا.

٢ - أن يكون مالًا متقومًا، فلا ينعقد بيع ما ليس بهال أو ما ليس بمتقوم.

٣ - أن يكون مقدور التسليم، فلا يصح بيع طير في الهواء بعد انفلاته من صائده.

أن يكون معلومًا.
 أن تكون معاوضته بغيره مفيدة.

غتصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص: ١٦٢ - ١٦٣.

⁽٢) صحيح البخاري : ٢/ ٧٦٦ برقم ٢٠٨٢. (٣) سنن أبي داود: ٣/ ٢٦٨ برقم ٣٤٣٣.

وإن لم يكن منتفاً بها في الحال فيجوز بيعها، كبيع جرو الكلب على أصلنا، وبيع المهر، والجحش، والأرض السبخة، والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل إدراكها؛ بأن باعها ثمرًا وهي بسر، أو باعها عنبًا وهي حصرم، دليل صحة هذا التأويل قوله - عليه الصلاة والسلام - في سياق الحديث: ٥ أرأيت إن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟ ٥٠٠، و ولفظة المنع تقضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجودًا؛ لأن المنع منم الوجود، وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض، كالبطيخ، والباذنجان، فيجوز بيع ما ظهر منه، ولا يجوز بيع ما طهر منه، ولا يجوز بيع

وقال مالك: إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه للضرورة؛ لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة، بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج.

ولنا: أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع، ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة، فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري.

ومنها: أن يكون مالاً؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينعقد بيع الحر؛ لأنه لبس بمال، وكذا بيع أم الولد؛ لأنه إحرة من وجه لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: « أعتقها ولدها ه " أن وروي عنه ﷺ أنه قال في أم الولد: « لا تباع ولا توهب يستمنع منها صاحبها حياته فإن مات فهي حرة ه " نفى – عليه الصلاة والسلام – جواز بيعها مطلقًا وسماها حرة، فلا تكون مالاً على الإطلاق خصوصًا على أصل أبي حنيفة ها؛ لأن الاستيلاد يوجب سقوط المالية عنده حتى لا تضمن بالغصب، والبيع الفاسد والإعتاق، وإنما تضمن بالقتل لا غير؛ لأن ضمان المال، والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد، وإن كان مملوكًا له، كبيع المغصوب غير المقدور على تسليمه، فلو أمكن تسليمه يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول إلا إذا تراضيا، فيكون بيعًا مبتدأ بالتعاطي، فإن لم يتراضيًا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على التسليم، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض، وذكر الكرخي: أنه لا يحتاج إلى تجديد البيع إلا إذا كان القاضي فسخه، بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم، ففسخ القاضي البيع بينهما ثم أمكن التسليم.

⁽١) صحيح البخاري: ٢/ ٧٦٨ برقم ٢٠٩٤.

⁽٣) مصنف ابن ابي شيبة: ٤/ ٤١٠ برقم ٢١٥٩٦.

٠ (٢) سنن ابن ماجه: ٢/ ٨٤١ برقم ٢٥١٦.

وجه قول الكرخي - رحمه الله -: أن الغصب لا يوجب زوال الملك، ألا ترى أنه لو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكًا له، إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم، فإن سلم زال المانع فينفذ، وبهذا يصح بيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره؛ وينعقد موقوفًا على التسليم لما قلنا.

ومنها: أن يكون المبيع معلومًا وثمته معلومًا علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيم، وإن كان مجهولًا جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك، فيحصل المقصود، وبيانه في أنه إذا قال: بعنك شاة من هذا القطيع أو ثوبًا من هذا العدل فالبيع، فإن عينً المنازعة؛ أنه إذا قال: بعنك شاة من هذا القطيع أو ثوبًا من هذا العدل التفاحش التفاوت بين شاة وشأة، وثوب وثوب، فيوجب فساد البيع، فإن عينً البائع شاة أو ثوبًا وسلّمه إليه ورضي به جاز، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة؛ ولأن البياعات للتوسل إلى استيفاء النفوس إلى انقضاء آجالها، والتنازع يفضي إلى الثفاني فيتناقض؛ ولأن الرضا شرط البيع، والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم، والكلام في هذا الشرط في موضعين أحدهما: أن العلم بهما أن.

 (عادة ٣٦٧): إذا لم يكن المبيع معلومًا عند المشتري بأن كان غائبًا، فإنه يعلم ببيان أحواله وأوصافه المميزة له عن غيره، وإن كان المبيع حاضرًا في المجلس تكفي الإشارة إليه و لا حاجة لوصفه.

تناولت هذه المادة بيان ما يخصل به العلم بالمبيع، سواء كان حاضرًا مجلس العقد أو غائبًا عنه، وإنما يعرف المبيع بمعرفة ما يفيذ العلم به والرضا بحصوله، وإنما يكون المبيع معلومًا عند المشترى ببيان أحواله وأوصافه المميزة له، إذا كان حاضرًا تكفى الإشارة إليه"ً.

ويحصل العلم بالمبيع معرفة قدره، ككُرِّ حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة، فخرج

⁽١) انظر: بدائع الصنائع : ٥/ ١٤١، ١٥٧، وانظر: مجلة الأحكام العدلية المواد من (١٩٧ - ١٩٩) وشرحها.

⁽٢) راجع المراد (٢٠٠٠، ٢٠٠) من المجلة العدلية، و المواد (٣٦٧) سوري، و (٤/٥) عراقي، والمادة التاسعة من التقنين الحيني مع مذكرتها الإيضاحية، ونصها: • يشترط لصحة البيع معرفة قدر المبيع والثمن ووصفها إذا لم يقع تحت نظر المعاقدين، وتكفى الإشارة فيها يقع تحت نظرهما».

ما لو كان قدر المبيع مجهولًا جهالة فاحشة، كما لو باعه جميع ما في هذه القرية أو هذه الدار والمستري لا يعلم ما فيها لا يصح؛ لفحش الجهالة، أما لو باعه جميع ما في هذا البيت، أو الصندوق، أو الجوالق، فإنه يصح؛ لأن الجهالة يسيرة، قال في القنية: إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع، كمن أقرَّ أن في يده متاع فلان غصبًا أو وديعة ثم اشتراه جاز، وإن لم يعرف مقداره.

ومعرفة الحدود تغني عن معرفة المقدار، ففي البزازية: باعه أرضًا وذكر حدودها لا ذرعها طولًا وعرضًا جاز، وكذا لوقال: في يدي أرض خربة لا تساوي شيئًا في موضع كذا، فبعها مني بستة دراهم، فقال: بمتها، ولم يعرف فا البائع وهي تساوي أكثر من ذلك جاز، ولم يكن ذلك ببعة دراهم، فقال: بمتها، ولم يعرف ذلك ببع من دار فعلم العاقدين شرط - أي عند الإمام، ويجيزه أبو يوسف - مطلقًا، وشرط محمد علم المشتري وحده، وفي الخانية: اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات، قال أبو يوسف: إن كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل، وكذا كذا كذا قربة من ماء الفرات، قال أبو يوسف: إن كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل، وكذا الداوية والجرة، وهذا استحسان، وفي القياس: لا يجوز إذا كان لا يعرف قدرها، وهو قول الإمام، وخرج أيضًا ما لو كان الثمن مجهولًا، كالبيع بقيمته أو برأس ماله أو بما اشتراه، أو بمثل ما اشتراه فلان، فإن علم المشتري بالقدر في المجلس جاز، ومنه أيضًا ما لو باعه بمثل ما يبع الناس إلا أن يكون شيئًا لا يتفاوت.

قلت: وظاهره الاتفاق على اشتراط معرفة القدر في المبيع والثمن، وإنما الخلاف في المبيع والثمن، وإنما الخلاف في اشتراط الوصف فيهما، وللعلامة الشرنبلالي رسالة سماها: نفيس المتجر بشراء الدرر، حقق فيه أن المبيع المسمى جنسه لا حاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه، ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه؛ لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتغي بثبوت خيار الرؤية؛ لأنه إذا لم يوافقه يرده، فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة، واستدل على ذلك بفروع صححوا فيها البيع بدون بيان قدر ولا وصف، منها ما قدمناه من صحة بيع جميع ما في هذا البيت أو الصندوق، وشراء ما في يده من غصب أو وديعة، وبيع الأرض مقتصرًا على ذكر حدودها وشراء الأرض الخزية المارة عن القنية.

ومنها: ما قالوا: لو قال: بعتك عبيدي، وليس له إلا عبد واحد صح، بخلاف: بعتك عبدًا بدون إضافة، فإنه لا يصح في الأصح.

ومنها: لو قال: بعنك كُرُّ امن الحنطة، فإن لم يكن كل الكُر في ملكه بطل، ولو بعضه في ملكه بطل في المعدوم وفسد في الموجود، ولو كله في ملكه لكن في موضعين أو من نوعين مختلفين، لا يجوز، ولو من نوع واحد في موضع واحد جاز، وإن لم يضف البيع إلى تلك الحنطة، وكذا لو قال: بعتك ما في كمي، فعامتهم على الجواز وبعضهم على عدمه، وأول قول الكنز: ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن، بأن لفظ ﴿ قدر ﴾ غير منون مضافًا لما بعده من الثمن مثل قول العرب: بعتك بنصف وربع درهم.

هذا والذي يظهر من كلامهم تفريعًا وتعليلًا أن المراد بمعرفة القدر والوصف: ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، وذلك بالإشارة إليه لو حاضرًا في مجلس العقد، وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات؛ كبعتك كرَّ حنطة بلدية مثلًا، بشرط كونه في ملكه، أو ببيان مكانه الخاص، كبعتك ما في هذا البيت، أو ما في كمي أو بإضافته إلى البائع، كبعتك دار، ولا دار له غيرها، أو بيان حدود أرض، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صِحة البيع؛ لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع؛ لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته، فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم.

● (هادة ٣٦٨): المبيع يتعين بتعيينه في العقد، فيلزم البائع أن يسلمه بعينه.

تناولت هذه المادة ما يكون به تعيين المبيع في العقد، قال الكرخي: المبيع ما تعين في العقد، والثمن ما لم يتعين، وهذا على المذهب، فإن الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع. وهي ثمن بالاتفاق، وقال أبو الفضل الكرماني في الإيضاح: الثمن ما كان في الذمة، نقله عن الفراء، وهو منقوض بالمسلم فيه، فإنه يثبت في الذمة وليس بثمن، وقيل: المبيع ما يحله العقد من الأعيان ابتداء، وقوله: ابتداء احتراز عن المستأجر، فإنه إنما يحله العقد، باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الإجارة، والثمن ما يقابله، وينقسم كل منهما إلى محض ومتردد، فالمبيع المحض: هو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال إلا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة إلى أجل بدلًا عن عين فإنها أثمان، وليس اشتراط الأجل لكونه ثمنًا؛ بل ليصير ملحقًا بالسلم في كونها دينًا في الذمة، والثمن المحض هو ما خلق للثمنية، كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما، كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فإنها مبيعة نظرًا إلى الانتفاع بأعيانها، أثمان نظرًا إلى أنها مثلية كالنقدين، فإن قابلها النقدان، فهي معينة، وإن قابلها عين وهي معينة، فهي مبيعة وأثمان؛ لأن البيع لا بدله منهما، وليس أحدهما أولى بأن يجعل مبيعًا من الآخر، فجعل كل واحد مبيعًا وثمنًا، وإن كانت - أعني المكيلات

والموزونات - غير معينة، فإن دخلت فيها الباء مثل أن يقال: اشتريت هذا العبد بكُرِّ حنطة وقد وصفها كانت ثمنًا، وإن دخلت في غيرها كأن يقال: اشتريت الكُرَّ بهذا العبد كان مبيمًا ولا يصح إلا سلمًا بشروطه، هذا ملخص كلامهم في هذا الموضم.

والحاصل: الأعيان ثلاثة: نقود، أعني الدراهم والدنائير، وسلم، كالثياب والدور والمبيد وغير ذلك، ومقدرات، كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، وبيع غير النقدين بالنقدين بشتمل على المبيع المحض والثمن المحض، وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعًا وثمنًا، والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه، والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿ وَأَكُمُ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [القرة: ٢٧٥]، ولما روي؛ ﴿ أَنه ﷺ اشترى من يهودي طمامًا إلى أجل ورهنه درعه ١٠٤٠، لكن لا بد وأن يكون الأجل معامًا؛ لتلا يفضي إلى ما يمنع إلى بعيدها (١٠٠٠).

المبيع يتمين بتعينه في العقد، مثلاً: لو قال البائع: بعتك هذه السلعة، وأشار إلى السلعة المبيع يتمين بتعينه في العقد، مثلاً: لو قال البائع تسليم تلك السلعة بعينها، وليس له أن يعطي سلعة غيرها من جنسها؛ لأن كل ما يتبت وجوده من السلع لا بد من وجود التفاوت بين أفراده مهما إتحدت السلعة المعقود عليها، ويكون قدوقع العقد بين المتعاقدين في الجنس! والنوع، إلا إذا رضي المشتري بأن يأخذ المبيع بعقد مقايضة جديد بحق السلعين؟".

 (مادة ٣٦٩): يصح البيع والشراء لما لم يره العاقدان وقت العقد، بشرط ذكر جنسه ووصفه، أو بشرط الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه، غير أن البيع لا يكون تاتًا ولا يلزم المشتري وإن وقع العقد صحيحًا.

تناولت هذه المادة حكم ألبيع والشراء لما لم يره العاقدين مع ثبوت خيار الرؤية، ثم اعلم أن هذا الخيار يتبت للمشتري في شراء الأعيان ولا يشت في الديون، كالمسلم فيه والأثمان، وأما في رأس مال السلم إن كان عينًا، فإنه يثبت للبائع، أي المسلم إليه الخيار فيه، ولا يثبت في كل عقد لا ينفسخ بالرد، كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع، وينفسخ بقوله: رددت،

 ⁽١) صحيح البخاري: ٢/ ٨٨٧ برقم ٢٣٧٤.
 (٣) انظر المادة (٢٠٤) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽٢) انظر العناية شرح الهداية: ٦/٢٦٦.

إلا أنه لا يصلح الرد إلا بعلم البائع عندهما، خلاقاً للثاني وهو يثبت حكماً لا بالشرط، ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن، وكذا لو هلك في يده أو صار إلى حال لا يملك فسخه بطل خياره، وذكر في المعراج: أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة أشياء: في الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه.

وحكم ثبوت خيار الرؤية: ألا يطالب البائع المشتري بالثمن قبل الرؤية، إنما جاز شراء مالم يره لما رواه ابن أبي شبية والبيهقي مرسلًا عن مكحول مرفوعًا: 3 من اشترى شبيًا لم يره فله الخيار إذا رآم، إن شاء أخذه وإن شاء تركه ؟ وجهالته بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه لو لم يوافقه يرده، فصار كجهالة الوصف في المماين المشار إليه.

والمراد بالرؤية العلم بالمقصود؛ ليشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم، كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرًا، وما اشتراه الأعمى، وفي القنية: اشترى ما يذاق فذاقه ليلًا ولم يره سقط خياره والحاصل: أن البيع غير لازم قبل الرؤية بسبب جهالة المبيع، ثم اعلم أنه لا يملك فسخه إلا بعلم البائم.

ويرد عليه البيع بشرط البراءة من العيوب، فإنه صحيح وقالوا: إنه رضي بجميع عيوبه الظاهرة والباطنة مع أنه لم يطلع عليها، حتى لو اطلع على عيب باطني لا يعلمه إلا الأطباء لا يملك رده، فجاز تحقق الرضا قبل العلم والرؤية، وفي جامع القصولين: خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان في البيع الفاسد، وفي المحيط: اشترى راوية ماه فله الخيار إذا رآه؛ لأن بعض الماء أطيب من بعض ا.هـ.، فعلى هذا له رد الماء بعد صبه في الحب حيث لم يره قبله أي الزير.

ولا خيار لمن باع ما لم يره، وهو قول الإمام المرجوع إليه؛ لأنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه، وروي أن عثمان بن عفان - رضي الله تعالى عنه - باع أرضًا بالبصرة من طلحة ابن عبد الله فقيل لطلحة: إنك قد غبت فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غبت فقال: لي الخيار لأني بعت ما لم أره، فَحَكَمَا بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، كذا في الهداية وهذا الأثر رواه الطحطاوى ثم البيهقي.

والحاصل أن: (من اشترى شيئًا ولم يره صح، غير أنه يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع شيئًا مسمى موصوفًا، أو مشارًا إليه، وهو حاضر مستور، كبيع الزيت في الوعاء، والبر في الجوالق والثوب في الكم، أو مشارًا إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم، فلا يصح بيع ما لم يعلم جنسه أصلًا لا بوصف ولا بإشارة، كبيعه شيئًا في كمه أو في جيبه لجهالة المبيع ١٠٠٠.

● (مادة ۲۷۰): يشترط للزوم البيع أن يرى المشتري، المبيع وقت البيع، أو يكون قد رآة قبله ثم اشتراه عالمًا وقت الشراء أنه هو مرثيه السابق⁽¹⁾ ورؤية الوكيل في الشراء أو القبض ورضاه كر فية الأصيل ورضاه.

إنَّ نظر وكيل المشتري بالقبض كنظر المشتري نفسه لا نظر رسوله، وهذا عند أبي حنية، وقالا: لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه؛ لأنه يوكل بالقبض دون إسقاط الخيار، فلا يملك مالم يتوكل به، وصار كخيار العيب والشرط، فإنه لا يقدر على إسقاطهما فكذا هذا، وأقرب منه أنه لا يقدر على إسقاطه قصدًا، بأن قبضه مستورًا فأسقط الخيار بعده، أو كان رآء من قبل فإن خيار الموكل لا يسقط به، فكذا ضمنًا بالقبض لما ذكرنا (٢٠٠)، وترجح هذه المادة الأخذ بمذهب أم حيفة، وهو أنه:

يسقط خيار الرؤية برؤية وكيل القبض أو الشراء، دون رؤية الرسول ».

ويتفق ذلك مع ما ورد في المادة (٧٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكر تها التفسيرية، والتي تنص على: حكم رؤية وكيل الشراء، ورؤية وكيل القبض، ورؤية رسول القبض أو الشراء، وصورة التوكيل بالشراء: أن يقول المشتري للوكيل: كن وكيلاً عني بشراء كذا، فرؤية هذا الوكيل تسقط الخيار بالإجماع، هذا لو وكله بشراء شيء لا بعينه؛ لأن المعين ليس للوكيل فيه خيار رؤية، وإذا شرى الوكيل ما رآء موكله، ولم يعلم برؤية الموكل، فله الخيار إذا لم يره كما في جامع الفصولين، وهذا بخلاف ما إذا وكله بالرؤية مقصودًا، وقال: إن رضيته فخذه لا يصح التوكيل، ولا تصير رؤيته كرؤية موكله (جامع الفصولين)، قال في البحر: لأنها مباحات لا يتوقف على توكيل، إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة.

وإذا رأى الوكيل المبيع قبل أن يوكل بشرائه، فلا أثر لرؤيته هذه ولا يسقط بها الخيار (نهر).

⁽١) جاء في المادة (٣٢٠) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽٢) يستفاد حكمها من الدر المختار ورد المحتار من أواخر باب خيار الرؤية ص: ٩٦.

⁽٣) تبين الحقائق: ٤/ ٢٨، المادة (٣٣٣) من عجلة الأحكام العدلية.

وصورة التوكيل بالقبض: كن وكيلاً عني بقبض ما اشتريت وما رأيته، وهذه تسقط الخيار عند أبي حنيفة إذا قبضه ناظرًا إليه، فحيتنذ ليس له ولا للموكل أن يرده إلا بعيب، أما إذا قبضه مستورًا ثم رآه فأسقط الخيار، فإنه لا يسقط؛ لأنه لما قبضه مستورًا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك إسقاطه قصدًا؛ لصير ورته أجنيًّا.

وإن أرسل رسولًا لقبضه فقبضه بعد ما رآه، فللمشتري أن يرده، وصورة ذلك أن يقول: كن رسولًا عني في قبضه، أو أمرتك بقبضه، أو أرسلتك لتقبضه.

وقال أبو يوسف ومحمد: الوكيل بالقبض والرسول سواء في أن قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار المشترى('').

♦ (مادة ٢٧٦): من اشترى شيئًا وكان قدرآه هو أو وكيله في الشراء، فليس له أن برده إلا إذا وجده متغيرًا عن الحالة التي رآه عليها، وتكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود قبل الشراء في سقوط خياره بعده.

من رأى شيئًا بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة كشهر ونحوه، وهو يعلم أنه الشيء الذي كان رآه، فإن كان على الصفة التي رآه عليها، فلا خيار له؛ لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة، وإن وجده متغيرًا فله الخيار؛ لأن تلك الرؤية لم تقع مُعلِمة بأوصافه، فكانت رؤيته و علمها سواء.

لذلك إذا رأى المال بغير قصد الشراء ثم رآه بعد مدة لا يسقط خياره، ويجب أن يعلم المشترى بأن المال الذي اشتراه هو المال الذي كان رآه بقصد الشراه.

وإذا رأى الموكل المال بقصد الشراء، ثم اشتراه وكيله بدون أن يعلم أنه هو المال الذي كان رآه موكله، لا يسقط خيار الوكيل، إلا إذا كان وكيل الشراء وكيلاً بشراء مال معين، فلا خيار له حينتذ، وإذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع: إن هذا المال هو الذي كنت رأيته بقصد الشراء، وقال المشتري: إنني لم أره مطلقاً، فالقول قول المشتري، وإذا ادعى المشتري تغير المبيع وأنكر البائع، فإذا كانت المدة التي مضت يمكن فيها النغير غالبًا، فالقول قول المشتري، وإذا كان لا يمكن تغيره، فالقول للبائع، أما مدة التغير في الحيوانات،

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة المادة المذكورة المادة (٧٧) ص: ١٤٥ الطبعة التمهيدية، بجمع البحوث الإسلامية.

فهي شهر فأكثر(١).

(مادة ۲۷۲): من اشترى شيئًا ولم يره وقت شرائه وقبله، فله الخيار إذا رآه إن شاء قبله
 وإن شاء فسخ البيع ورده، ولو كان قد رضى به قولًا قبل رؤيته.

شراء ما لم يره جائز وله أن يرده إذا رآه، وإن رضي قبله، وقال الشافعي: لا يجوز البيع؛ لأن المبيع مجهول؛ إذ لم يعرف منه إلا الاسم، فصار كما لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه، أو هو معدوم لما ذكرنا، ونهى رسول الله ﷺ عن يهم ماليس عند الإنسان؛ أي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري، ولنا قوله ﷺ: * من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه ه**)؛ ولأن الجهالة فيه لا تفضي إلى المتازعة؛ لأنه إذا لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعانين، والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ما ليس في ملكه، بدليل قصة الحديث، فإن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إن الرجل يطلب مني سلمة ليست عندي فأبيعها منه، ثم أدخل السوق فاستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه، فقال ﷺ: "لا تبع ما ليس عندكي فأبيعها منه،

● (هادة ٣٧٣): يثبت للمشتري حق فسخ البيع ورد المبيع الذي اشتراه بدون أن يراه ولو أن يراه ولو يشترط ذلك في العقد، ولا يتوقف خيار الرؤية بمدة ما لم يصدر منه ما ببطله قولاً أو فعلاً أو يتمين المبيع ونحو ذلك، ولا خيار للبائم فيما باعه ولم يره.

هناك اتجاهات للفقهاء فيمن يثبت له الخيار:

الاتجاه الأول: إنه للمشتري فقط، وليس للبائع خيار الرؤية فيما باعه ولم يره، كمن ورث شيئًا من الأعيان في بلد بعيد فباعه قبل رؤيته، وهو ما استقر عليه مذهب الحنفية، وهذا آخر القولين عن أبي حنيفة، فقد كان يقول أولاً بشوته للبائع أيضًا ثم رجع وقال: العقد في حق البائع لازم، والخيار للمشتري فقط، واستللوا بنص الحديث المشبت لخيار الرؤية، وقالوا: إن علم الخيار ولزوم العقد هو الأصل.

وفي بيع المقايضة يثبت خيار الرؤية للطرفين؛ لأن كليهما يعتبر مشتريًا.

الاتجاه الثاني: يثبت خيـار الرؤية للبائـع أيضًا، وهو القــول العرجــوع عنه لأبي حنيفة، والقول القديم للشافعي، ورواية مرجوحة عند أحمد، وذلك على افتراض الأخذ بالخيار

⁽١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٣٢). (٢) سنن البيهقي الكبرى : ٥/ ٢٦٨ برقم ١٠٢٠٥.

⁽٣) سنن أبي داود : ٣/ ٢٨٣ برقم ٣٥٠٣، تبيين الحقائق : ٢٤/٤.

عند الشافعية والحنابلة، وقد صححوا عدم الأخذبه.

وللفقهاء في بيان الزمن الصالح للرضا أو الفسخ بعد الرؤية اتجاهان:

الأول: على التراخي، فليس لخيار الرؤية مدّى محدود، بل هو مطلق غير موقت بمدة، فهو يبدأ بالرؤية ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله، ولو في جميع العمر، ولا يتوقف إمكان الفسخ، وهذا هو اختيار الكرخي من مشايخ الحنفية، وهو الأصح والمختار، كما قال ابن الهمام وابن نجيم وغيرهم؛ وذلك لأن النص مطلق ولأن سبب خيار الرؤية اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقى سببه.

الثاني: على الغور، مؤقت بإمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره بذلك ولزم العقد ما لم يوجد منه تصريح بالرد أو وجد مسقط آخر للخيار، حيث يعتبر ذلك دلالة على الرضا، وهذا قول لبعض فقهاء الحنفية (١٠).

 (مادة ۳۷۶): يصبح شراء الأعمى وبيعه لنفسه أو لغيره، وله رد ما اشتراه بدون أن يعلم ما يعرف به العبيع من وصف و غيره، وليس له رد ما اشتراه بعد وصفه له أو بعد جسه وذوقه وشمه أو بعد نظر وكيله في الشراء أو وكيله بالقبض إذا قبضه ناظرًا إليه(۱).

يصح عقد الأعمى ويسقط خياره إذا اشترى بجس المبيع وشمة وذوقه وفي العقار بوصفه، أما صحة عقده فلأنه مكلف محتاج فصار كالبصير، وأما سقوط خياره بما ذكر فلأن مذله الأشهاء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير، وقوله: يسقط خياره بجس المبيع محمول على ما إذا وجد الجس منه قبل الشراء، وأما إذا اشترى قبل أن يجس لا يسقط خياره به، بل يثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح على ما بينا، واكتفى بالوصف في العقار؛ لأنه لا سبيل له إلى معرفته إلا به، والوصف قد يقوم مقام الرؤية في حقه، وعن أبي يوسف: أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان بصيرًا الرآه منه؛ لأن التشبه يقوم مقام الحقيقة عند المجز، كتحريك الشغين أقيم مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة، وإجراء الموسى على رأس المحرم بالحج أو العمرة عند التحلل، وقال الحسن: يوكل وكيلًا بقبضه له وهو يراه، وهو أشبه بقول أبي حنيفة هذه الأن بوغض مشايخ بقول أبي حنيفة هه؛ لأن رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على ما بينا، وقال بعض مشايخ بقول أبي

⁽١) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٢/ ٧١ - ٧٣.

بلخ: يشترط مس الحيطان والأشجار مع الوصف، وإن أبصر بعد الوصف وبعدما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له؛ لأن العقد قد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك إلا برضاهما، ولأن خياره قد سقط به فلا يعود، ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل إلى الوصف لوجود العجز قبل العلم به (۱).

ويتفق هذا مع ما ورد في المادة (٨٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، ونصها: (يشت خيار الرؤية للأعمى:

١ - في المنقول بما يقوم عنده مقام الرؤية.

٢ - وفي العقار بالوصف.

وتوضيحها أن:

(أ) بيع الأعمى وشراؤه صحيح، وله خيار الرؤية إذا اشترى، ويكون ذلك بجس المبيع، أو شمه، أو ذوقه، فيما يعرف بذلك، وبوصف العقار له ووصف كل ما لا يعرف بجس أو شم أو ذوق؛ لأن الوصف يقوم مقام الرؤية، وبكل ما يقف به على صفة المبيع أو بنظر وكيله بالشراء أو القشور، ولو أنصر بعد ذلك فلا خيار له؛ لأنه قد سقط.

(ب) ويسقط خياره إذا وجد منه الجس أو الشم أو الذوق... إلخ، قبل الشراء، أما لو اشترى قبل أن يوجد ذلك منه لا يسقط خياره، بل يثبت له الخيار بالاتفاق، ويمتد الخيار إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل، كأن يشتري أرضًا ويأمر آخر بررعها له، فيسقط خياره، كما يسقط الخيار، كما يسقط الخيار، تعيب المبيع عنده أو بهلاك بعضه ".

(مادة ٣٧٥): الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها، فإن
 ثبت أن المبيع دون الأنموذج الذي اشتراه على مقتضاه يكون مخيرًا بين قبوله بالثمن المسمى
 أو رده بفسخ البيع.

قد يرى المشتري بعض المبيع دون سائره، فيصع البيع ويلزم عند جمهور الفقهاء إن كان البعض المرشي يدل على المبيع كله دلالة كاملة، مثاله: أن يشتري شخص كمية كبيرة من القمح بعد أن يرى نموذجًا منه، وهذا لا يكون إلا في المثليات كالحبوب والأقطان والكتان ونحوها،

⁽١) انظر في ذلك المواد (٣٢٩، ٣٣٠) من عجلة الأحكام العدلية.

⁽٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعران المادة (٧٨) ص: ١٤٦،١٤٥ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

قال الحنفية: يجوز بيم المكيل والموزون برؤية بعضه؛ لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في المجانب البعض في البعض الم المكيل والعلم به بالباقي، إلا إذا كان الباقي أرداً، فيكون للمشتري الخيار فيه وفيما رأى؛ لتلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمام البيع، والأصح أن الرؤية للبعض تكفي، سواء أكان المبيع في وعاء واحد أم في وعاءين(١٠).

وهذا هو ما جاءت به المادة (٤٦٨) من المدنى الأردني، ونصها:

١ - * إذا كان البيع بالنموذج تكفي فيه رؤيته، ووجب أن يكون المبيع مطابقًا له.

٢ - فإذا ظهر أنه غير مطابق له فإن المشتري يكون مخيرًا إن شاء قبله وإن شاء رده ٤، وكذا
 امز، هذا القانون ونصها:

إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج، وكان النموذج والمبيع موجودين
 فالرأي لأهل الخبرة، وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين فالقول في المطابقة أو المغايرة
 للطرف الآخر ما لم يُثبت خصمه المكس.

٢ - وإذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد، وكان العبيع معينًا بالذات ومتفقًا
 على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يُثبت البائع العكس.

ويتفق ذلك مع المواد (٧٦، ٧٧، ٣٣٤، ٣٣٥) من المجلة العدلية، والمواد (٣٨٨) سوري، و (٥١٨) عراقي.

•••

(مادة ٣٧٦): يشترط للزوم البيع إن كان المبيع دارًا أو خانًا رؤية كل حجرة أو قاعة منها،
 إلا إن كانت مصنوعة على نسق واحد فيكتفي برؤية واحدة منها.

في شراء الدار والخان ونحوهما من العقار تلزم رؤية كل بيت منها، إلا إن كانت بيوته مصنوعة على نسق واحد فتكفي رؤية بيت واحد منها، وهذا رأى المتأخرين.

وكذا يجب لسقوط خيار الرؤية بالبستان المباع رؤية جميع البستان داخله وباطنه، وبشراء الكرم يجب رؤية جميع عنيه(").

...

● (هادة ٣٧٧): إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة فلا بد للزوم البيع من رؤية كل

⁽١) تبيين الحقائق : ٢١/٤، و المادة (٣٢٤، ٣٢٥) من مجلة الأحكام العدلية، والفقه الإسلامي وأدلته : ٨٨/٤.

⁽٢) مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٢٦).

واحد منها على حدته، ولا يكتفي برؤية بعضها.

اإذا اشتريت أشياء متفاوتة صفقة واحدة تلزم رؤية كل واحد منها على حدته، مثلاً: إذا اشتريت أشياء متفاوت على حدته، اشترى ثلاثة أفراس، أو ثلاثة حمير ولو صفقه واحدة يجب رؤية كل واحد منها على حدته، ولو اشترى خفين، أو مصراعي باب، أو نعلين، ورأى أحدهما كان له الخيار إذا رأى الباني، ١٠٠٥.

● (مادة ۳۷۸): من اشترى أشياء متفاوتة صفقة واحدة ورأى بعضها بدون أن يرى البعض الآخر، فإن رآه ووجده بعال بحيث لو كان رآه قبلها لما كان اشتراه أو لكان يشتريه، فله الغيار بين أخذ جميع الأشياء المبيعة بالثمن المسمى لها وبين فسخ البع وردها جميعًا، وليس له أن يأخذ ما رآه ورضى به ويترك ما لم يكن رآه.

إذا بيعت جمله أشياء متفاوتة صفقة واحدة فلا يلزم البيح حتى يرى المشتري كل واحد منها، فإذا رأى بعضها فقط فله الخيار عند رؤية البعض الآخر، إن شاء أخذ الجميع بالثمن المسمى لها، أو فسخ البيع وردها جميعها، وليس له أن يأخذ ما رآه ورضي به، ويترك مالم يكن رآه؛ لثلا تفرق الصفقة ويضر البائع^(١١).

لأنه لو أخذ ما أعجبه وترك الباقي يكون قد فرق الصفقة، وهذا غير جائز؛ لأن خيار الرؤية لا يتجزأ، مثلاً: لو اشترى مبيعين وأعجبه أحدهما وقال: إنه رضي بهما فله قبولهما أو ردهما، إلا إذا تصرف بأحدهما فعلاً يسقط حق خياره، وليس للمشتري أن يطلب تنزيل شيء من الثمن.

وكذا اللفت والجزر والبصل والفوم والفجل يجوز بيعه إذا كان نابتًا وعلم وجوده تحت الأرض، ومتى رأى المشتري شيئًا من المبيع يسقط خياره إذا كان معا بياع بالوزن كالبصل والفوم، ولا يسقط خياره إذا كان معا يباع بالعدد كالفجل، ولا يتجزأ الخيار بحق المشتري، فلو اشترى اثنان مالًا وثبت الخيار لأحدهما كان للآخر كذلك؟.

(مادة ٣٧٩): إذا تصرف المشتري في المبيع الذي اشتراه قبل أن يراه تصرفًا لا يحتمل

⁽١) انظر المادة (٣٢٧) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم.

 ⁽٢) انظر المعاملات الشرعية المالية ص : ١١٧، و المادة (٣٢٨) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽٣) مجلة الأحكام العدلية مادة (٣٢٨).

الفسخ أو يوجب حقًّا للغير، بأن باعه بيمًا مطلقًا عن شرط الخيار أو رهمه أو أجره أو هلك في يده أو استهلكه أو تعيب في يده حتى صار بحال لا يمكن معها فسخ البيع سقط حقه في رده بخيار الرؤية، ولزم البيع والثمن، وكذا يلزم البيع ويجب الثمن إذا مات المشتري قبل رؤية العبيع، ولا ينتقل خيار الرؤية إلى ورثته.

يسقط خيار الرؤية بالأمور التالية، سواء حصلت قبل الرؤية أو بعدها:

١ – التصرفات في المبيع بما يوجب حقًا للغير، كما لو باع الشيء الذي اشتراه ولم يره لشخص آخر بيعًا لا خيار فيه، أو رهنه، أو آجره، أو وهبه مع التسليم؛ لأن هذه التصرفات لا تكون إلا مع الملك، وملك صاحب الخيار ثابت فيها، فصادفت المحل ونفذت، وبعد نفوذها لا تقبل الفسخ والرفع، فيطل الخيار ضرورة، كما أن إيطالها فيه ضياع لحقوق الغير التي ترتبت لهم بهذه التصرفات، وفسخ اليم أولى من إيطال حقوقهم.

٢ - تغير المبيع بغير فاعله.

٣ - تعيب المبيع في يد المشتري(١).

ويتفق هذا مع ما ورد في المادة (٨٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي نصها على أن: * تصرف المشتري في المبيع يسقط خيار الرؤية ولا يرد المبيع إلا لعيب، وإن عاد المبيع للمشتري لا يعود الخيار ،، وتوضيحها أن: من اشترى صندوقًا به ثياب، ولم يره وقبضه، وباع ثوبًا منه أو وهبه، ثم رأى الباقي، ليس له أن يرد شيئًا منها إلا لعيب؛ لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه، فلو رد الباقي فقط، كان تفريقًا للصفقة على الباتع قبل التمام وهو غير جائز؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام البيع، بخلاف خيار العيب، فإن الصفقة تتم معه بعد القبض، أما قبل القبض فإنه يمنع المام.

ولو عاد إلى المشتري ما باعه أو وهبه، هل يعود خيار الرؤية؟ ذكر شمس الأثمة السرخسي: أنه يعود، وله أن يرد الكل بخيار الرؤية، لارتفاع المانع من الأصل، وهو تفريق الصفقة، وعن أبي يوسف: لا يعود؛ لأن الساقط لا يعود إلَّا لسبب جديد، وصحح هذا القول قاضيخان، وعليه اعتماد القدوري?.

⁽١) انظر الموسوعة الفقهية: ٢٠/ ٧٣، و المادة (٣٣٥) من مجلة الأحكام العدلية.

 ⁽٢) مشروع تقين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أي حنيفة النعيان ص: ١٤٩، ١٥٠ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

 (مادة ۲۸۰): من اشترى شيئًا لم يره فلا يطالب بثمنه قبل رؤيته، وله استرداد الثمن الذي نقده إذا فسخ العقد ورد المبيع بخيار الرؤية.

يثبت هذا الخيار لكل مشتر حتى ولو اشترط عدم الخيار، ويثبت للمشتري والوكيل والوصي ولو كان الشراء بنقص الشمن، ويجب على من اشترى المبيع ونقله إلى محل آخر رد المبيع إلى المكان الذي استلمه منه إذا أراد فسخ اليم بخيار الرؤية، سواء سبب النقل زيادة أو نقصانًا في القيمة، وهذا الخيار فسخ سواء كان المبيع مقبوضًا أو غير مقبوض، ولا يتوقف الرد على حكم الحاكم أو على رضاء البائم، وإنما يجب على المشتري أن يعلم البائم بالفسخ بخيار الرؤية؛ لأن البائم إذا لم يخير بالفسخ يظن أن المشتري رضي بالمبيع ولا يتحرى مشتريًا آخر، وللمشتري الإجازة بعد الفسخ إذا كان لم يخير البائع بالفسخ، وإذا لمبيع ومؤنه.

وإنما يشبت خيارالرؤية للمشتري ولا يشبت للبائع، إلا إذا كان البائع باتعًا ومشتريًا كالطرفين في بيع المقايضة فلهما الخيار في المبيع، وإذا باع البائع ماله بمقابل دين وعين لم يرها فله الخيار إذا رأى العين.

ويثبت خيار الرؤية للمشتري مطلقاً سواء كان المبيع موصوفاً بالوصف الذي وصف به له أو بوصف أحسن أو أدنى منه؛ لأن الوصف ربما كان جيدًا وكان مخالفاً لغرض المشتري.

ولا يثبت خيار الرؤية إلا في الأعيان، فلا يثبت في الديون والنقود والمسلم فيه، ويثبت في المثليات إذا كانت معينة وإلا فلا؛ لأنها تكون بحكم الدراهم والدنانير.

ولا يسقط خيار المشتري إذا رأى المبيع منعكمًا في الماء أو في المرآة أو من وراء الزجاج؛ لأن رؤية المبيع يجب أن تكون بدون حائل، ويثبت الخيار للذي اشترى الحنطة والشعير والسمسم في سنبله والجوز والفستق في قشره.

يستثنى من ذلك أمران: الأول: الوكيل بشراء المال المعين، والثاني: المشتري إذا اشترى المبيع وأخذه دون أن يراه، وحصل فيه عيب حادث فلا خيار لهما عندما يريان المبيع.

ثم اعلم أن ثبرت خيار الرؤية معلق برؤية المبيع، فلا يثبت هذا الخيار قبل رؤية المبيع؛ لأن المعلق على الشيء لا يثبت إلا إذا تحقق ذلك الشيء، وإذا قبل بأن المسبب لا يكون مقدمًا على السبب وأن المشتري يفسخ البيع قبل الرؤية لا بسبب خيار الرؤية بل بسبب عدم لزوم البيع نقول: إن المشتري لو قبل المبيع، أو أبرأ البائع من الدعاوى، أو أسقط حق خياره قبل الرؤية لا يسقط خياره بما اشتراء منه؛ لأن الخيار لا يسقط إلا بالرؤية إلا إذا تصرف المشتري في المبيع فعلًا قبل الرؤية، فإن ذلك يسقط حق خياره، وإذا ادعى البائع أن المشتري رأى العبيع وأسقط خياره، وقال المشتري: أسقطت خياري قبل أن أراه فالقول قول المشتري.

وإذا أراد المشتري رد المبيع بخيار الرؤية فادعى الباتع بأنه ليس بالمال المباع منه فالقول قول المشتري(١٠).

والحاصل أن من اشترى ما لم يره فله الحق في إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته للمبيع، والحاصل أن من اشترى ما لم يره فله الحق في إمضاء البيع أو نسواء والبيع جائز وله الخيار إذا رأه، إن شاء أعذه بجميع الثمن، وإن شاء ردة بعد رؤيته له، سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها، مثل أن يشتري حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئًا فله الم يره شيئًا لم يره وله نشيئًا في الم يره الأصل فيه قوله 義述: 9 من اشترى شيئًا لم يره الأصل وله الم يره الشيء الم يره ال

ولا يصح الفسخ من المشتري إلا بعد علم البائع بالفسخ، خوف غرر البائع، بسبب اعتماده على شرائه، فلا يطلب لسلعته مشتريًا آخر، ويثبت خيار الرؤية في أربعة مواضع:

١ - في الشراء للأعيان (اللازم تعيينها) ولا تثبت دينًا في الذمة، ولا يكون خيار الرؤية إلا في الشراء الصحيح.

٢ - وفي الإجارة.

٣ - وفي القسمة: وقسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاثة: الشرط، والعيب، والرؤية، وكذا قسمة غير المثليات، كالثياب من نوع واحد، والبقر، والغنم. أما قسمة ذوي الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط.

٤ - وفي الصلح عن دعوى المال على شيء بعينه.

وإنما يثبت خيار الرؤية في هذه الأشياء؛ لأن كلًا منها معاوضة، وهو لا يثبت إلا في المعاوضات المالية. .

ويثبت خيار الرؤية مطلقًا غير مؤقت بمدة وهو الأصح، ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله؛ لأنه ثبت حكمًا، لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا.

وقيل: هو مؤقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره. وخيار الرؤية حق للمشتري دون البائع، فلا خيار لبائع شيئًا لم يره، وكون خيار الرؤية

⁽١) مجلة الأحكام العدلية للمحاسني (مادة ٣٢٠).

⁽۲) سنن البيهقي الكبرى : ٥/ ٢٦٨ برقم ١٠٢٠٥.

(مادة ۲۸۱): إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فوجد المبيع خاليًا عن الوصف الذي رغب.
 المشتري فيه من أجله فله الخيار بين أخذه بكل الثمن المسمى أو رده بفسخ البيع.

فإن تصرف فيه تصرف الملاك فلاحق له في رده، وإن حدث فيه ما يمنع الرد يقرَّم المبيع مع الوصف المرغوب وبدونه، ويرجع على البائع بقدر التفاوت من الثمن، وإن مات قبل خياره انتقل حق طلب الفسخ إلى ورثته.

إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خاليًا عن ذلك الوصف فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المسمى، ومثال ذلك: بيع بقرة على أنها حلوب أو فرس على أنه من خيل السباق أو هذا الفص ليلًا على أنه ياقوت أحمر، فظهر أن البقرة غير حلوب، وأن الفرس ليس من خيل السباق، وأن الفص أصفر مثلًا، فإن تصرف في المبيع تصرف الملاك فلا حق له في رده؛ لأن هذا دليل على رضاء، وكذا إذا تعلق بالمبيع حق الغير، وإن حدث فيه ما يمنع الرد يُقوم مع الوصف المرغوب فيه وبدونه ويرجع على البائم بقدر التفاوت، وإن مات المشترى قبل خياره انتقل حق الفسخ إلى ورثه (").

...

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٧٣) ص: ١٣٨ - ١٤٠ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

⁽٢) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص: ١١٨.

الفَضِلُالثَّانِیْ

فيما يجوز بيعه وما لا يجوز

♦ (مادة ٣٨٣): يجوز بيع كل ما كان مالًا موجودًا متقومًا معلوكًا في نفسه مقدور التسليم.
 بشترط فيما يجوز بيعه الشروط المعتمدة للمعقود عليه وهي:

١ - أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال: بعت ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع؛ لأنه له خطر لاحتمال انتفاع الضرع.

٢ - أن يكون مالاً؟ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينعقد بيع الحر؛ لأنه ليس بمال،
 وكذا بيع أم الولد؛ لأنها حرة من وجه.

٣ - أن يكون مملوكًا؛ لأن البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك، كمن باع الكلا في أرض مملوكة، والماء الذي في نهره أو بتره؛ لأن الكلاً وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح.

 3 - أن يكون مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان معلوكًا له كبيع المفصوب والآبق(١٠).

...

(مادة ۲۸۳): بيع المعدوم باطل، فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره، ولا بيع الزرع قبل نباته،
 ولا بيع الحمل.

وذلك لأن المبيع محل البيع، فإذا عدم المبيع لا يقع البيع، ولأن البائع مجبور على تسليم المبيع وقبض الثمن بعد البيع، فإذا كان المبيع معدومًا لا تبقى الفائدة المقصودة من البيع وهي التعليك والتعلك، وكذا بيع أثمار الكروم وبيع ولد الفرس الذي ستلده أمه، وبيع الحينة قبل إدراكها وبيع حق التعلي، وبيع التبن بدون الحب والقش وهو قائم في أرضه كل ذلك باطل؛ لأنه معدوم (ردالمحتار).

وكذا يعطل بيع البصل والفجل وما شابه ذلك وهو مطمور بأرضه قبل نباته، وبيع بذر البطيخ قبل كسره، وبيع حق وضع الجذوع على الجدران، وبيع حق إلقاء الأقذار.

 ⁽١) انظر بدائع الصنائع: ٥٠/٢٠ - ٢٠٠/ و لزيد من النفصيلات انظر المواد (١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩) من مجلة الأحكام العدلية ، و المادة (٧) من مشروع تقين الشريفة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

وكذا يبطل بيع ما هو متصل خلقة، كالحليب في ثدي الغنم، والجلد والصوف في ظهرها وهي حية، والزيت قبل عصره وهو في الزيتون، حتى لو فصل البائع هذا المبيع وسلمه لا يصح البيع.

وكذا بيع الدين إلى المدين هو من قبيل بيع المعدوم، ومن مقتضى القياس بطلانه، إلا أنه جوز استحسانًا، فيجوز للمدين أن يعطي الدائن عشرة لبرات عثمانية بمقابل ماله بذمته من الدين البالغ عنه مائة وخمسة ريالات مجيديات، ويكون بذلك قد باع الدين بالنقود الذهبية فهذا البيع صحيح إذا قبض البدل في نفس المجلس، واعلم بأن علمة عدم الجواز ليست المعدومية وقت البيع؛ لأن السلم معدوم ويجوز بيعه، بل إن عدم الجواز ناشئ عن احتمال الضرر بالتسليم حين الاستحقاق^(١).

 (مادة ٣٨٤): الثمار التي ظهرت وانعقدت يجوز ببعها وهي على شجرها، سواء كانت صالحة للأكل أم لا.

قال أبو حنيفة بصحة بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها واشترط قطعها، وقد أغفلت المجلة شرط القطع ونعم ما فعلت، وقد أجازت المجلة صحة بيع الأثمار وهي على شجرها إذا برزت جميعها؛ لأنها معينة وموجودة وقابلة للانفصال، وكذا بيع الحنطة بسنبلها بغير جنسها صحيح وعلى البائع حصدها وتطهيرها وتسليمها للمشتري، وإذا باع البائع الثمرة وهي على الشجر وحصل ثمرة جديدة غير المباعة فإذا كان ذلك قبل التسليم فسد البيع؛ لاختلاط مال البائع بمال المشتري قبل التسليم، وإذا كان بعد التسليم كان البائع والمشتري شريكين في الثمرة القديمة والحالية".

•••

 (مادة ۲۸۰): ما تتلاحق أفراده وتبرز شيئًا فشيئًا، كالفواكه والأزهار والخضروات، إن كان قد ظهر أكثره يجوز بيعه مع ما سيبرز تبعًا صفقة واحدة.

ما تتلاحق أفراده يعني: أن ما لا يبرز دفعة واحدة، بل شيئًا بعد شيء كالفواكه والأزهار والورق والبقول إن كان برز بعضها يصح بيع ما سيبرز مع ما برز تبئًا له بصفقة واحدة، سواء كان البارز أقل أو أكثر، كما يدل عليه إطلاق المتن، وقد جوزوا هذا البيع استحسانًا

⁽١) جاء في المادة (٢٠٥) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽٢) جاء في المادة (٢٠٦) من عجلة الأحكام العدلية.

على خلاف القياس لتعامل الناس فيه(١).

(عادة ٢٨٦): بيع ما لا يعد مالًا أصارًه، وما ليس مقدور التسليم، وما كان غير محرز
 من المباحات ولو في أرض مملوكة للبائع باطل.

نصت المادة (٢٠٩) من مجلة الأحكام العدلية على أن : 9 يبع ما هو غير مقدور التسليم باطل، كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر، أو حيوان ناذً لا يمكن مسكه وتسليمه ٤. ونصت المادة (٢١٠) من المجلة العدلية على أن: 9 يبع ما لا يعد مالًا بين الناس والشراء به باطل، مثلًا: لو باع جيفة، أو آدميًّا حرًّا، أو اشترى بهما مالًا فاليم والشراء باطلان ٢٠٠٠.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١١٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي تنص على أن: «بيع غير مقدور التسليم بالثمن باطل ؟، ومعناه: أنه إذا كان المبيع غير مقدور التسليم وقت العقد فإن البيع يكون باطلاً، كما لو باع حيوانًا نادرًا لا يمكن تسليمه؛ لأنه لا يمكن جعل الثمن ميهًا ولو من وجه(٣).

 (مادة ٣٨٧): لا يجوز بيع العلو دون السفل إلا إذا كان العلو قائمًا، فلو سقط لا يجوز بيعه بل يبطل.

يجوز بيع بيت العلو دون السفل إذا كان على العلو بناء ، وإن لم يكن عليه بناء لا يجوز؛ لأنه بيع الهواء على الانفراد وإنه لا يجوز، ثم إذا باع العلو وعليه بناء حتى جاز البيع فطريقه في الدار لا يدخل إلا بذكر الحقوق، ويجوز بيع السفل سواء كان مبنيًّا أو غير مبني؛ لأنه بيع الساحة، وذلك جائز وإن لم يكن عليه بناء ، وإن كان المبيع منز لا يدخل في بيعه بيت السفل ولا يدخل بيت العلو ولا الطريق الخاص إلا بذكر الحقوق أو المرافق أو بذكر القليل والكثير؛ لأن المنزل أعم من البيت وأخص من الدار فكان بين الدار والبيت، فيعطى له حكم بين حكمين، فلم يدخل العلو في بيع المنزل من غير قرينة اعتبارًا للخصوص، ويدخل فيه بقرينة اعتبارًا للعموم عملًا بالجهنين بقدر الإمكان(").

⁽١) انظر المادة (٢٠٧) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم.

⁽٢) انظر المادة (٢٠٩، ٢١٠) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيقة النعيان المادة (١١٦) ص : ١٨٩ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

⁽٤) بدائع الصنائع: ٥/ ١٦٦.

« ومما يجوز بيعه حق التعلى؛ لأنه ليس بمال بل هو حق متعلق بالهواء »(١).

♦ (مادة ٢٨٨٨): إذا كان العلو لصاحب السفل يجوز لصاحب السفل أن يبيع العلو وهو قائم، ويكون سطح السفل لصاحب السفل، وللمشتري حق القرار، حتى لو انهدم العلو كان له أن يبني على السفل علوًّا آخر مثل الأول.

إذا كان المبيع بيتًا فيدخل في بيعه حوائطه وسقفه وبابه والطريق إلى الطريق العامة والطريق إلى الطريق العامة والطريق إلى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة، وأما الطريق الخاص في ملك إنسان فلا يدخل إلا بذكر أحد القرائن الثلاث، ولا يدخل بيت العلو إن كان على علوه بيت وإن ذكر القرائن؛ لأن العلو بيت مثله فكان أصلاً بنفسه فلا يكون تبمًا له، وإن لم يكن على علوه بيت كان له أن يبني على علوه، وإن كان البيت في داره فباعه من رجل لا يدخل في البع طريقه في الدار إلا بذكر الحقوق، ثم إن كان البيت يلى الطريق الأعظم يفتح له بأبًا إليه، وإن كان لا يلي الطريق الأعظم يفتح له بأبًا إليه، وإن كان لا يلي الطريق الأعظم إلى من صاحب الدار.

فرق بين هذا وبين القسمة إذا أصاب أحد الشريكين في الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير طريق، أنه ينظر إن أمكنه فتح الباب إلى الطريق ليس له أن يتطرق في نصيب شريكه، سواء ذكروا في القسمة الحقوق والمرافق أو لا، وكذا إذا كان مسيل مائه في نصيب شريكه قبل القسمة انقطع ذلك الحق إن أمكنه التسييل في نصيب نفسه، وليس له أن يسيل في نصيب شريكه، وإن لم يمكنه تسيل الماء ولا نتح الباب في نصيب نفسه، ويمكنه ذلك في نصيب شريكه فإنه ينظر إن ذكروا في القسمة الحقوق أو المرافق فالطريق والمسيل يدخلان في القسمة ولا تبطل القسمة، وإن لم يذكروا ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة.

ووجه الفرق أن القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها، فإذا أدت إلى تفويتها بطلت، والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ما ذكرنا.

• (هادة ٣٨٩): يصح بيع حصة شائعة معلومة من عقار قبل فرزها.

بيع حصة شائعة معلومة كالنصف والثلث والعشر من عقار مملوك قبل الإفراز صحيح، وكذا بيع الحصة الشائعة المعلومة من المنقول قبل الإفراز صحيح، سواء كان العقار والمنقول قابلاً للإفراز أم لم يكن؛ لأن المشترى يمكنه الاستفادة من ملكه كما كان يستفيد بذلك بائعه بالحصة

⁽١) المعاملات الشرعية المالية للشيخ على الخفيف ص: ١٣٩.

الشائعة، أما بيع الحصة المجهولة وبيع الحصة من العقار الغير المملوك كعقار للوقف، وبيع الحصة المعينة من عقار شائع بين اثنين غير صحيح؛ لذلك فقيد العقار الوارد في هذه المادة وقوعي، وقيو دالمملوك المعلومة والشائعة الواردة في هذه المادة جميعها قيو داحترازية. وإذا باع الفضولي نصف العقار المشترك بين اثنين مناصفة وأجازاه وقع البيع بنصف حصة كل منهما، وإذا أجازه أحدهما ولم يجزه الآخر يعتبر البيع بحصة المجيز عند الإمام

لأن البيع وقت العقد كان منقسمًا على حصتهما فالإجازة لا تقع إلا بحق تلك الحصة(١).

الثاني؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ويعتبر بنصف حصة المجيز عند محمد وزفر؟

● (هادة ٣٩٠): بيع أحد الشريكين حصة مشاعًا في بناء أو شجر قائم في أرض محتكرة جائز للشريك وللأجنبي.

جاء جواز بيع الحصة الشائعة من البناء أو الغراس في الفتاوي الخيرية، حيث سئل فيما إذا باع أحد الشركاء حصته في الغراس في الأرض المحتكرة من أجنبي وأعلمه بما على الحصة من الحكر، هل يجوز بيعه لكونه لا مطالب له بالقلع فلا يتضرر أم لا؟

أجاب: نعم يجوز بيعه؛ لعدم الضرر بعدم التكليف بالقلع، ففي فتاوي الشيخ زين ابن نجيم: إذا باع أحد الشريكين في البناء والغراس في الأرض المحتكرة حصته من أجنبي هل يجوز بيعه منه أم لا؟ أجاب: نعم يجوز، وكذا من الشريك، وأفتى الطرسوسي بخلافه، فذكرأن بيع الحصة من الزرع والثمرة والمبطخة بغير الأرض من الأجنبي أو من أحد شريكيه لا يجوز، فلو رضى الشريك، قيل: لا يجوز أيضًا، وقيل: يجوز.

ويظهر لي التوفيق بحمل الأول على ما إذا قصد المشتري إجبار الشريك على القلع، والثاني على ما إذا لم يقصد ذلك ، ويفهم هذا التوفيق من تعليل المحيط لعدم الجواز بقوله: لأن فيه ضررًا، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضى به، كما قالوا فيما إذا باع نصف زرعه من رجل: لا يجوز؛ لأن المشتري يطالبه بالقلع فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر، كبيع الجذع في السقف، ثم إذا طلب المشتري القلع لا يجاب إليه نظرًا للشريك، لكن إن طلب هو أو البائع النقض فسخ البيع؛ لأنه فاسد، وإن سكت إلى وقت الإدراك انقلب جائزًا؛ لزوال المانع، وذكر في الخانية: أن نصيب البائع يكون للمشترى ما لم ينقض البيع.

⁽١) المادة (٢١٤) من مجلة الأحكام العدلية.

وأما بيع هذه المذكورات من الشريك، كأرض بينهما فيها زرع لهما لم يدرك، فباع أحدهما نصيبه من الزرع لشريكه بدون الأرض، ففي رواية: يجوز، وفي أخرى: لا، وعليها جواب عامة الأصحاب، ولكنها تحمل على ما فيه ضرر بالقلق، كيبع رب الأرض من الأكار حصته من الزرع أو الثمرة فلا يجوز؛ لأنه يكلف الأكار القلم فيضرر.

أما لو باع الأكار لرب الأرض فإنه يجوز اتفاقًا، والدليل قول المحيط؛ لأن البائع يطالبه بالقلع ليفرغ نصيبه من الأرض، ولا يمكن ذلك إلا بقلع الكل فيتضرر المشتري فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه.

قلت: والعرف الآن في المعمارة أنها تبنى في أرض الوقف أو أرض يبت المال، بعد استئجار أرض الوقف مدة طويلة على مذهب من يراها، فإذا باع حصته من البناء لأجنبي بعدما أحكره الحصة من الأرض، أو فرغ له عن حق تصرفه في الأرض السلطانية بإذن المتكلم عليها صحح لعدم الفرر، وكذا لو تأخر الإحكار أو الغراغ عن البيع؛ لارتفاع المفسد كما مر عليها صحح لعدم الشحر قبل الإدراك ولم يطلب القلع إلى الإدراك، وعلى هذا فما مر عن البدائع والخلاصة من عدم الجواز للأجنبي ينبغي حمله على ما إذا كانت الأرض مستعارة بقرينة التعليل؛ وذلك لأن المشتري غير مستعير، و لا بد من تسليم المبيع فلا بد من الهدم، تسليم المبيع مع الأرض فيقوم المشتري مقام البائع إذا كان قصده إيقاء البناء، وتزول علة تسليم المبيع مع الأرض فيقوم المشتري مقام البائع إذا كان قصده إيقاء البناء، وتزول علة الفساد التي ذكرها، وهذا ما استند إليه الخير الرملي في علة الجواز نبعًا لابن نجيم كما مرً، لكنه سرَّى بين الغراس الذي لم يبلغ لكنه سرَّى بين الغراس الذي لم يبلغ أوان القطع على ما إذا كانت الأرض للباع(¹⁰).

...

● (هادة ٣٩١): ما يترتب على بيعه مشاعًا ضرر للبائع أو للشريك فلا يصح بيعه مشاعًا.

فمن كان له أرض وله فيها زرع فلا يصح بهم الزرع قبل إدراكه بدون الأرض، لكن إذا لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزًا، ولا يجوز للشريك أن يبهم حصته مشاعة من الزرع قبل إدراكه، ومن الشعر قبل بدو صلاحه، ومن الشجر قبل بلوغ أوان قطعه من دون بهم الأرض، ويجوز ذلك للشريك، فإن لم يفسخ العقد حتى استوى الشعر وأدرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البهم صحيحًا.

⁽١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٢/٢٠٤ وما بعدها.

إذا كانت تلك الحصة من بناء أو شجر أو زرع، فيجوز البيع إذا لم يكن فيه ضرر للبائع أو المشتري أو الشريك، فإن كان فيه ضرر لواحد منهم فالبيع فاسد، فإن كان البناء في أرض محتكرة فإنه يجوز لأحد الشريكين أن يبيع حصته في البناء للشريك الآخر أو لأجنبي؛ إذ الأرض المحتكرة ما دامت تدفع أجرتها، فلا حق لأحد في مطالبة أصحاب البناء بالهدم، وبعضهم يرى أن الشريك الأول له حق أخذ الحصة المبيعة لأجنبي بالشفعة، مستدلًا بأن البناء في الأرض المحتكرة له حق أخذ الحصة المبيعة لأجنبي بالشفعة، مستدلًا بأن البناء في الأرض المحتكرة له حق أخذ الحرامة الأجرة تدفع، فهو إذن في حكم المقار، ومثل البناء في المصورة المتقدمة الشجر والزرع(").

(مادة ٣٩٧): ما أُبِنَ ضرره للبائع والشريك يجوز بيعه مشاعًا، فيصح بيع الشعر بعد نضجه،
 والزرع بعد إدراكه، والشجر بعد بلوغ أوان قطعه بدون الأرض، سواء بيع ذلك للشريك
 أو للأجنى.

إذا كانت تلك الجصة من بناء أو شجر أو زرع، فيجوز البيع إذا لم يكن فيه ضرر للبائع أو المشتري أو الشريك، فإن كان البناء في أرض المشتري أو الشريك، فإن كان البناء في أرض محتكرة فإنه يجوز لأحد الشريكين أن يبيع حصته في البناء للشريك الآخر أو لأجنبي؛ إذ الأرض المحتكرة ما دامت تدفع أجرتها، فلا حق لأحد في مطالبة أصحاب البناء، وبعضهم يرى: أن الشريك الأول له حق أخذ الحصة المبيعة لأجنبي بالشفعة، مستدلًا بأن البناء في الأرض المحتكرة له حق أخذ الحامة المبيعة لأجنبي بالشفعة، مستدلًا المناء من الأرض المحتكرة له حق القرار ما دامت الأجرة تدفع، فهو إذن في حكم العقار، ومثل البناء في الصورة المتقدمة الشجر والزرع.

وإذا بيعت حصة شائعة من الشربعد نضجه، أو الزرع بعد إدراكه، أو الشجر بعد بلوغ أوان قطعه للشريك أو لأجنبي صح البيع؛ إذ لا ضور، وأما إذا باع أحد الشريكين للآخر حصته المشاعة كلها أو بعضها من الزرع قبل إدراكه، أو من الشعر قبل بدو صلاحه، أو من الشجر قبل بلوغ أوان قطعه، فإن كانت الأرض مملوكة للمشتري، أو كانت مستأجرة له، أو كان البائع قد باع حصته أيضًا من الأرض لشريكه فإن البيع يكون صحيحًا في ذلك كله؛ لانتفاء الضرر، وإن كانت الأرض ملكًا للبائع فإن البيع لا يصح؛ لأن البائع ربعا كلف المشتري قلع زرعه فيتضرر.

وإذا باع أحد الشريكين حصته المذكورة لغير شريكه بدون بيع الأرض فسد البيع،

⁽١) المعاملات الشرعية المالية ص: ١٢٨.

فإن لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر وأدرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البيع صحيحًا، ويفسد البيع أيضًا إذا بيع الزرع كله قبل إدراكه بدون الأرض؛ لأن البائع ربما طالب المشتري بقلع الزرع فيتضرر المشتري، فإذا لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرح انقلب العقد جائزًا^(١).

• • •

 (مادة ۲۹۳): بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوقًا على إجازة المرتهن والمستأجر، فإن أجاز المستأجر البيع أو مضت المدة أو انفسخت الإجارة نفذ البيع، ولا ينزع المقار من المستأجر حتى يستوفى ما قدمه من الأجرة الغير المستحقد.

وكذلك الحكم إن أجاز المرتهن أو قضى الراهن دينه أو أبرأه المرتهن منه يتم البيع، ولبس للمستأجر والمرتهن فسخ البيع ولا للمؤجر والراهن، وأما المشتري فله خيار الفسخ قبل الإجازة وإن كان يعلم بالإجارة والرهن.

« يوقف بيع المرهون والمستأجر علي إجازة مرتهن ومستأجر فإن أجازه المرتهن دون والمستأجر نفذ، وهل يملكان الفسخ؟ قبل: لا وهو الصحيح، وقبل: يملكه المرتهن دون المستأجر؛ لأن حقه في المنفعة، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه، وفي الرهن يسقط، لكن المستأجر؛ لأن حقه في المنفعة، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه، وفي الرهن يسقط، لكن الروايين، وليس للراهن والمؤجر الفسخ، وأما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة والموهن عند أبي يوسف، وعندهما: له ذلك وإن علم، وقولهما هو الصحيح وعليه الفترى. بغي لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق، وكذا المرتهن إذا قضي دينه كما في « جامع الفصولين »، وفيه أيضًا عن « الذخيرة »: البيع بلا إذن المستأجر ينفذ فلك البيع في حق اللمتأجر، فلو سقط حق المستأجر نفذ ذلك البيع في حق الكل، ولا ينزع من يده ليصل إليه ماله؛ إذ رضا، بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده، وعن بعضهم من يده ليصل إليه ماله؛ إذ رضا، بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده، وعن بعضهم من يده ليصل والم وأجازهما المستأجر بعلل حق حبسه، ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل أنه لو باع وسلم وأجازهما المستأجر بعلل حق حبسه، ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل

⁽١) المعاملات الشرعية المالية ص: ١٢٨.

⁽٢) حاشية رد المحار: ٥/ ١٠١٠. ١١١، وينظر الاختيار: ٢٤١/١٤، الفتاوى الهنبية: ٣/ ١١٠، المادة (٣٦٨) من مجلة الأحكام المدلية، و المادة (١٥٧) من مشروع تفنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

(مادة ۲۹؛ ۱): من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفًا على إجازة المالك،
 فإن أجازه نفذ وإلا بطل.

الفضولي كما جاء في المادة (۱۱۲) من المجلة العدلية هو: " من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي "، وذلك كأن يبيع مال غيره أو يشتري للغير دون توكيل أو نيابة، وكأن ينفق نفقة ضرورية عاجلة على حيوانات الغير إذا غاب مالكها، وكذا لو وهب واحد مال غيره بلا إذنه لم تنفذ الهية، ولكن لو أجازها صاحب المال تنفذ.

وقد جاء في العادة (١٨٨) من القانون المدني المصري تعريف الفضالة بأنها هي: ٩ أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزمًا بذلك ٩.

ويتفق التعريفان الفقهي والقانوني في أن الفضولي يعمل دون توكيل أو ولاية في ملك الغير، وأنه يعمل لحساب هذا الغير، فإن كان عمله لنفسه عد غاصبًا بذلك، وإنما يفترق التعريفان في أن الفضولي في القانون هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة للمتفضل عليه، فيرجع عليه بما أنفق من ماله، أما الفضولي في الفقه فهو من يتصرف في ملك الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة.

محل الفضالة في الفقه الإسلامي:

محل نطاق الفضالة عند من يجيزونها هو:

١ - التصرف القولي، فيشمل التصرف بالبيع والشراء والإجارة، كما يشمل التصرف بالتبرع بالهية والوقف والوصية، ويصح التصرف بالفضالة عند من يجيزونها في الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وخلم.

التصرف الفعلي، كأن ينفق الفضولي على مال الغير بدون إذنه، أو يصلح حائطه
 الأيل للسقوط، أو أن يسترد للغير ما ضاع منه، أو يعلف حيواناته له.

حكم الفضالة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في النظر إلى الفضالة والحكم عليها اختلافًا بعيد المدى، ويمكن تقسيم آراء هؤلاء الفقهاء إلى الاتجاهين التاليين:

١ - الاتجاه القاضي ببطلان تصرفات الفضولي، وهو مذهب عدد من فقهاء المالكية والراجح في المذهب الشافعي وأكثر الحنابلة والظاهرية، دليل أصحاب هذا الرأي أن الفضولي يتصرف في ملك الغير دون إذن منه أو ولاية عليه فلم يصح. ٣ - الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة الأصيل، فإن أجازه نفذ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وإن لم يجزه بطل، ومقتضى القول بالتوقف الاعتراف بالوجود القانوني لعقد الفضولي، ولكن لا تترتب آثاره عليه إلا بعد صدور الإجازة، جاء في الملدائع: « تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوقة على إجازة المجيز من المبيع والإجازة والملكق ونحوها، فإن أجازه ينفذ وإلا فيطل »، ويستدل لذلك بما جاء في عمومات البيع والتجازة من مثل قوله تعالى: ﴿ وَأَشَلَ اللهُ أَنْ اَلْتَبَعُ ﴾ إ الفرة: (٧٦)، ووقوله: ﴿ يَكَانُكُم يَنْ صَلَّى وَلَا تعالى: ﴿ وَأَشَلُ اللهُ اللهِ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ من اللهُ عَلى اللهُ اللهُ من المنالك بطريق الأصالة والتجارة التجارة المناه المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرصا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل ».

ويستند أصحاب هذا الانجاء إلى: عن حكيم بن حزام أن رسول اللَّ ﷺ و بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى أضحية بدينار، وجاء بهما إلي النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته ١٠٠ ومعلوم أنه لم يكن حكيم مأمورًا ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول اللَّه ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه لأن الباطل ينكر.

أحكام الفضالة والآثار المترتبة عليها:

بناء على الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، وهو الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الشأن، فإن الفضالة تترتب عليها الأحكام التالية:

١ - تعاقد الفضولي غير لازم لا في حق صاحب الشيء ولا في حق الفضولي نفسه، ولا في حق الفضولي نفسه، ولا في حق من تعاقد معه، أما ثبوت حق الفسخ للمالك؛ فلكي لا يدخل في ملكه أو يخرج منه شيء دون رضاه، وأما ثبوت هذا الحق للفضولي نفسه؛ فلأنه سيصير وكيلاً بعد إجازة المالك، وتلزمه حقوق العقد فيجوز له الخروج من هذه المسؤولية، ولا يلزم هذا العقد في عقد الفضولي هو الوقف، ولا يصير إلى اللزوم إلا بعد إجازة صاحب الشأن.

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ١١٢ برقم ١٢٥٨.

ومذهب المالكية أن عقد الفضولي موقوف في حق المالك وحده، دون من ألزم نفسه به ووافق عليه من الفضولي والمتعاقد الآخر.

٢ - إذا صدرت الإجازة من صاحب الشأن انعقد العقد من تاريخ إنشائه، لا من وقت صدور الإجازة بالنسبة للعقود المنجزة التي لا تقبل التعليق كالبع والإجازة، وذلك لأنه بصدور الإجازة قد صار الفضولي أشبه بالوكيل، بحكم أن الإجازة اللاحقة كالأذن السابق، فيسرى العقد من حين إنشائه بعبارة الفضولي.

أما بالنسبة للعقود التي تقبل التعليق كالكفالة والوكالة والإعارة فلا يسري العقد إلا من وقت الإجازة؛ لأن سريانه معلق على حدوث الإجازة.

ويظهر أثر هذا التفريق في معرفة حكم ملكية نماء محل التصرف وزيادته، حيث ينتقل ما يحدث من النماء والزيادة في الفترة التي تعقب إنشاء العقد وقبل صدور الإجازة إلى المشترى والمستأجر.

إذا هلك محل التصرف في يد الفضولي قبل الإجازة انتهى العقد ووجب عليه ضمان قيمته، إلا إذا كان الهلاك بسبب لا يد له فيه ولا يمكن تحرزه عنه، وأما إذا هلك في يد من انتقل إليه بحكم العقد قبل الإجازة للنظر إليه أو تجريبه، فإن مالك محل التصرف يخير بين تضمين من هلك في يده وبين تضمين الفضولي، ويرجع الفضولي على من هلك في يده، وإنما يكون الضمان بالقيمة لا بالثمن؛ لأن العقد لم يتم لعدم صدور الإجازة ويبطل (١٠)

(مادة ۲۹۰): بشترط لصحة الإجازة من المالك الذي بيع ملكه بغير إذنه أن يكون كلِّ
من البائع والمشتري وصاحب المناع المبيع حيًّا، وأن يكون المبيع قائمًا على حاله لم ينغير
تغيرًا به بعد شيئًا آخر، وأن يكون الثمن باقيًّا إن كان عرضًا معينًا (1).

الإجازة تصرف انفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه؛ لإبقاء تصرف قانوني أو مادي

⁽١) كتاب نظرية العقد في الفقه الإسلامي د. محمد سراج ص: ١٥٥ - ١٦٠.

⁽٢) جاه في المادة (١٤٩) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة أنه: 9 يشترط لصحة الإجازة قيام العاقدين والمعقود عليه، ولا يشترط قيام الثمن إن كان من التقود، فإن كان من العروض يشترط قيامه أيضًا ٤.

البيع الموقوف:

١ - ١ ينعقد بيع الفضولي موقوفًا إن كان له مجيز وقت العقد وإلا فلا ينعقد.

٧ - وتصع إجازته من الللك إذا كان كل من البائع والمشتري والمبيع قائيًا، وأن يكون الثمن موجودًا لو كان عرضًا ٥. المذكرة الإيضاحية:

موقوف النفاذ في حقه، فيترتب عليه نفاذ النصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حالً حسب طبيعة النصرف.

وتختلف الإجازة عن الإذن من حيث إن الإجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه، أما الإذن فهو الرضا بالتصرف قبل وقوعه.

وتتحقق الإجازة بكل ما يدل على الرضا بالتصرف، سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة أو الفعل والمعاطاة، على التفصيل المتعلق بطرق التعبير عن الإرادة

شروط صحة الإجازة:

لا تصح الإجازة لتصرف الفضولي إلا باجتماع الشروط التالية:

١ – صدور الإجازة ممن يملك التصرف عند إنشاء العقد أو ممن ينوب عنه في ذلك، وعلى هذا فإنه لا تصح إجازة من لا يملك التصرف الذي يجيزه، فلو أن أحدًا تبرع بمال الصغير لم يكن للولي الحق في إجازته؛ لأن هذا التصرف ليس له مجيز عند إنشائه؛ إذ يعتبر التبرع من التصرفات الضارة بالصغير، ولا يملك وليه إجازته كما لا يملك الصبي نفسه المثل الحق يكن يملك عند إلحازة هذا التبرع؛ لأنه لم يكن يملك هذا الحق عند إنشاء المقد.

٢ – صدور الإجازة ومحل العقد قائم لم يهلك؛ لأن الإجازة تتعلق به، ويبطل العقد بهلاك
 المعقود عليه، فلا تلحقه الإجازة إذا كان هلك؛ لأنه لا فائدة من الحكم بانعقاد العقد.

٣ - صدور الإجازة في حال حياة الفضولي في العقود التي ترجع حقوقها إليه كالبيع

= الفضولي بضم الفاء: نسبة إلى الفضول جمع فضل وهو الزيادة.

والمراد به شرعًا: من يتصرف في حق غير بغير إذن شرعي، ومناسبة الكلام عن بيعه بعد الكلام على البيع الفاسد.
توقف إفادة كل منها الملك من غيره ، وهو القبض في الأول والإجازة في الثاني، وحكم بيع الفضولي: أنه ينعقد موقونًا
على إجازة من يملك المقد إن كان له جيز، أي من يقدر على إجازة مناسبة مالة المقدن كصبى غير مأفون باغ مكر بيكا بجوز
علمه لو فعله ولي في صغرة مهاية قبل إجازة وليا فأجازة بنقسه جازة الأن له وليًّا بجيزه حالة المقدن وكان الصغير نفسوليًا
هذا مع أنه يتصرف في حق نفسه الأن مباشرة المقد لمس حقه بلر حق الولية، وإن لم يكن له مجيز حالة العقد فلا يعتقد أنه يعتقد المناسبة المسكن عامل عالم عابد غيرة عالم تقدن على الإجازة.

وحكم يمه أيضًا إذا كان له مجيز حالة وقوعه كما مر: أيول الإجازة من المالك بشرط قيام البائع والمشتري والميع بان لا يغنير الميهي، بحيث بعد شيئًا آخر؛ لأن إجازته كالميع حكيًا، وكذا يشترط قيام الشمن أيضًا لو كان عرضًا معينًا؛ لأنه ميع من وجه فيكون ملكًا للفضوي، وعلمه مثل الميع أو مثلًا والا فقيمت لو قيميًّا، وغير العرض ملك للمجيز أمانة في يد الفضولي (ملتقى)، وكذا يشترط قيام صاحب المتاح أيضًا فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته. والإجارة؛ لأن عمله لا ينتهي بإصدار عبارته، ويستمر عمله بعد الإجازة بقيامه على حقوق مثار هذه العقود.

أما العقود التي لا ترجع حقوق العقد فيها إلى الفضولي، كالزواج، فلا يشترط فيها هذا الشرط؛ لأن عمله ينتهي بصدور عبارته، وترجع حقوق العقد وأحكامه إلى الأصيل بمجرد إجازة تصرف الفضولي.

و من هذا كله يتضح أن الفقه الإسلامي قد خطا بمبحث النيابة في التعاقد خطوات واسعة سبق بها الزمان على حد تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي سلف.

♦ (عادة ٢٩٦): إذا أجاز المالك بيع الفضولي الذي تصرف في ماله بغير إذنه، إجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر إجازته توكيلًا له عنه في البيع، ويطالب الفضولي بالثمن إن كان قبضه من المشتري، وإن لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشتري على أداته للمالك، لكن إن دفعه إليه صحح الدفع وبرئ، وسكوت المالك عند بيع الفضولي ماله بلا إذنه لا يكون رضًا منه بالبيع. بيع الفضولي إذا أجازه صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ، إلا إذا كان البائع صغيرًا أو محجورًا، وهذا هو خيار إجازة عقد الفضولي، وإذا تلف الثمن في يد الفضولي قبل الإجازة الم المعير قبل الإمانة، وكذا البائع الفضولي إذا باع مال الصغير قبل وصايته عليه ثم نصب وصيًا وأجاز البيع صح البيع استحسانًا.

وإذا باع الفضولي نصف العقار المشترك بين اثنين مناصفة، وأجاز أحدهما البيع وقعت الإجازة بحق النصف عند أبي يوسف، وبحق الربع عند محمد وزفر؛ لأنهما إذا أجازا البيع وقع بحق حصتهما أي بحق الربع من حصة كل منهما، فالأولى أن يكون لكل منهما الحق بالإجازة بالنصف فقط.

وإذا بيع المبيع فضولًا وحصل فيه زيادة قبل الإجازة فتكون ملك المشتري كأصل المبيع، ولا ينفذ بيع الفضولي إلا بالإجازة، فإذا مات المالك وورثه البائع الفضولي حصرًا لا ينفذ البيم بدون تجديد المقد.

وتكون الإجازة قولية، كقول المالك: أجزت أو قوله للبائع: عملت جيدًا، أو أصبت، أو مالب الثمن، أو طلب الثمن، أو طلب الثمن، أو خللب الثمن، أو أخذ سندًا من المشتري بمقابل ثمن المبيع، أو هبة الثمن إلى المشتري والتصدق به عليه، وتكون بتقدم السبب كتضمين الغاصب قيمة المال المفصوب يوم غصبه إذا باعه من

غير المغصوب منه؛ لأن الغاصب متى ضمن قيمة المغصوب يوم الغصب يكون قد ملك المغصوب اعتبارًا من يوم الغصب، ويكون قدباع ما هو جار في ملكه، أما إذا ضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم البيع أو اشتراه أو استوهبه أو ورثه من المالك بعد البيع والتسليم فلا ينفذ بيع الفضولي؛ لأن سبب الملك إذا تأخر عن البيع فضولًا لا يفيد الحكم.

أما سكوت المالك عندما يسمع وقوع البيع وقوله للمشتري: أمسك المبيع طالما أنا حي لا يفيد الإجازة.

وإذا اختلف المالك والمشتري بوقوع الإجازة وعدمها ترجح بينة المشتري؛ لأنها ملزمة لكل من المالك ومن يقوم مقامه، وللمشتري قبل إجازة المالك والبائع الفضولي فسخ البيع، فالفسخ من صاحب الملك والمشتري وجهه ظاهر، أما الفسخ من الفضولي فقد جوز؛ لأنه عاقد وله حقوق العقد(١٠).

ويترتب على ذلك أنه متى أجاز المالك الفضولي اعتبرت إجازته توكيلاً، وصار حكم الفضولي كحكم الوكيل، فيطالبه المالك بالثمن إن كان قبضه من المشتري، فإن لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشتري على أدائه للمالك، لكن إذا دفعه إليه صح وبرئ المشتري.

● (مادة ۲۹۷): إذا لم يجز المالك بيع الفضولي، وكان المشتري قد أدى للفضولي الثمن غير عالم وقت الأداء أنه فضولي باع ملك غيره بغير إذنه فله الرجوع عليه بالثمن إن كان قائمًا، وبمثله إن كان هالكًا، وإن كان قد أداه إليه عالمًا أنه فضولي وهلك الثمن في يده فلا رجوع له عليه بشيء منه.

إن لم يجز المالك بيع الفضولي، وكان المشتري قد أدى الثمن للفضولي غير عالم وقت الأداء أنه فضولي فله الرجوع عليه بالثمن إن كان قائمًا، وبمثله إن كان هالكًا، فإن أدى إليه الثمن عالمًا أنه فضولي وهلك الثمن في يده بدون تعدًّ عليه فلا رجوع عليه بشيء منه؛ لأن الثمن حينيذ أمانة في يده (").

 ♦ (عادة ٢٩٨٨): إذا سلم الفضولي للمشتري العين التي باعها له بدون إذن مالكها، فهلكت في يد المشتري، فللمالك أن يُضَمَّن قيمتها أيهما شاء من الفضولي أو المشتري، وأيهما اختار

⁽١) انظر المادة (٣٧٨) من مجلة الأحكام العدلية للمحاسني.

 ⁽٢) المعاملات الشرعية المالية ص: ١٢٧.

٧٥٦ البيوع: شروط المبيع وكبفية بيعه

ضمانه برئ الآخر.

إذا سلم الفضولي للمشتري العين التي باعها له بإذن مالكها، فإن كانت قائمة استردها المالك، وإن هلكت في يد المشتري فللمالك أن يُفَسِّنَ قيمتها المشتري أو الفضولي، وأيهما اختار تضمينه برئ، أما المشتري فلهلاك العين في يده، وأما الفضولي فلتعديه على ملك غيره بدون حق شرعي (١٠).

(١) المعاملات الشرعية المالية ص: ١٢٧.

الفَضِلُالثَّالِثُ

فى كيفية بيع المبيع

 (مادة ۲۹۹): المبيع إما أن يكون مثلياً أو قيمياً، فالمثلى ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يعتد به، ومنه العدديات المتقاربة التي لا يكون بين أفرادها تفاوت في القيمة.

والقيمي ما لا يوجد له مثل في المتجر، أو يوجد لكن يتفاوت في القيمة، ومنه المعدودات المتفاوتة التي بين أفرادها تفاوت في القيمة.

المثلي: ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به كالمكيل والموزون والعدديات المثلي: ما الجوز والبيض؛ لأنه وإن وجد تفاوت في الكبر والصغر بين أفراد البيض والجوز وآحادهما فذلك التفاوت لا يوجب اختلاقًا في الثمن، ويباع الكبير منهما بمثل ما يباع به الصغير، والمعلوم أنه ليس كل مكيل ولا كل موزون بمثلي، فالقمح المخلوط بشعير والكأس المصنوع من فضة وذهب ليسا بمثلين، وإن كان الأول مكيلًا والثاني موزونًا.

وتعد العدديات المتقاربة - كما مر في شرح المادة (١٤٥) - من المثليات رغم التفاوت الموجود بين أفرادها وآحادها؛ لأنه تفاوت جزئي فلا تأثير له على أثمانها.

أما القيمى فهو: ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة كالمثلي المخلوط بغيره، وهو مثل الحنطة المخلوطة بشعير أو ذرة كما مر، والخيم والبقر والبطيخ وكتب الخط وما أشبه ذلك من الأشياء التي يوجد تفاوت بين أفرادها، بحيث تتفاوت في الأثمان تفاوتًا بعيدًا، ففرس من الخيل قد يساوي عشرين ألف جنيه وآخر قد لا يساوي معشار ذلك، كذلك الغنم منها ما يساوي ألفًا ومنها ما لا يساوي نصف ذلك، والبطيخ يوجد منه الكبيرة التي تساوي أكثر من عشرة جنيهات والصغيرة التي تساوي أكثر من عشرة جنيهات والمخبرة التي يساوي بكتاب ردي، الخط، فالأول قد يساوي القرش الواحد، وكتاب بخط جيد لا يستوي بكتاب ردي، الخط،

وكذا فإن العدديات المتفاوتة التي يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة تكون جمعها قيمات، كالأشباء المستعملة والحو إنات¹⁰.

...

(مادة ٤٠٠): المكيل والموزون الغير النقد والعددي المتقارب يصلح أن يكون مبيمًا
 و أن ىكون ثمنًا.

تناولت هذه المادة بيان ما قد يصلح أن يكون ثمناً أو مبيمًا، فيبنت أن المكيل والموزون من غير النقد والعددي المتقارب يصلح لأن يكون مبيمًا أو ثمنًا في البيم، كما يصلح لأن يكون بدلًا في الصلح أيضًا.

« واعلم أن كلًّا من النقدين ثمن أبدًا والعين الغير العثلي مبيع أبدًا، وكل من المكيل والموزون الغير النقد والعددي المتقارب إن قوبل بكل من التقدين كان مبيعًا، أو قوبل بعين فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب متعينًا كان مبيعًا أيضًا »(١٠).

 (مادة ٤٠١): يصح بيع المكيلات والموزونات بغير جنسها متفاضلًا، بأن يباع مكيل بموزون أو بمكيل من جنس آخر، وموزون بمكيل أو بموزون من جنس آخر بشرط أن يكون بدًا بيد لا نسيتة.

« يجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلاً ، مطعوماً كان أو غير مطعوم، بعد أن يكون يذا بيد كبيع قفيز حنطة بقفيزي شعير، وبيع قفيز جص بقفيزي نورة، ونحو ذلك؛ لأن علة الفضل مجموع الوصفين، وهما الجنس والكيل أو الوزن وقد انعدم أحدهما وهو الجنس، وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلاً جائز، ثمنين كانا أو مثمنين، بعد أن يكون يدًا بيد كبيع دينار بمائة درهم، وبيم من عديد بمنوي نحاس، أو رصاص، ونحو ذلك لما قلنا 310.

 (مادة ٤٠٦): يصح بيع المكيلات والموزونات بجنسها مثلًا بمثل كأن تباع حنطة بعنطة أو دقيق بدقيق أو صابون بصابون بشرط أن يتساويا كيلًا ووزتًا(")، فإن تفاضلا بأن كان أحدهما أكثر من الآخر فسد البيع.

ولا يعتبر التفاوت في أجناس المكيلات والموزونات بين الطيب والرديء، فبجوز بيع أحدهما طبيًا والآخر رديئًا إذا تساوى المكيلان كيلًا والموزونان وزنّاً ١٠٠٠.

⁽١) رد المحتار على الدر المختار : ٤/ ٥٣١. (٢) بدائم الصنائع : ٥/ ١٨٥.

⁽٣) جاء في بدائع الصنائع: ٥/ ١٨٥.

⁽٤) جاء في النتارى الفندية ٢/١١٧: ٥ وإن تفاضل أحدهما لا يصح، وجيده ورديته سواء، حتى لا يصح بيع الجيد بالردىء عافيه الرباء.

ويكفي العلم بمساواة البدلين في مجلس العقد، فلو تبايعا مكيلًا بمكيل من جنسه وموزونًا بموزون من جنسه مجازفة وعُلِم التساوي في المجلس جاز''

البيع جائز في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون، كبيع حفنة حنطة بحفتين منها، أو بطيخة ببطيختين، أو تفاحة بتفاحتين، أو بيضة ببيضتين، أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا؛ لعدم العلة وهي الجنس والكيل أو الوزن، وعند الشافعي: لا يجوز؛ لوجود الطعم والجنس، وكذا لو باع حفنة بحفنة، أو تفاحة بتفاحة، أو بيضة ببيضة يجوز عندنا؛ لما قلنا، وعنده: لا يجوز؛ لوجود الطعم؛ لأن حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده، والتساوي في الكيل، أو الوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة، ولم يوجد المخلص فبقي على

وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدًا بيد، ولا خبر فيه نسبته، فلا يجوز إسلام المكيلات في المكيلات على العموم، سواء كانا مطعومين كالحنطة في الحنطة، أو في الشعير، أو غير مطعومين كالجص في الجص، أو في النورة، وكذلك بيع المكيل بالمكيل حالًا لا سلمًا، لكن دينًا موصوفًا في الذمة لا يجوز، سواء كانا من جنسين، مطعومين كانا أو غير مطعومين عندنا ؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل جمعهما، وهو الكيل، وعند الشافعي - رحمه الله - : إن كانا مطعومين فكذلك،

(مادة ۴۰۳): كما يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمغروعات كيلًا ووزنًا وعددًا وذرعًا بشروطه يصح بيمها جزافًا، بشرط أن يكون المبيع مميرًا ومشارًا إليه (۱٬۰۰۰ بيع الجزاف صحيح؛ لأنه مشار إليه وقد حصل به العلم عن طريق الحس وهر أقوى طرق العلم، إلا الأموال الربوية فإنه لا يجوز بيعها إذا بيعت بجنسها وكانت أكثر من نصف صاع؛

⁽١) جاء في الدر المختار ٥/ ١٧٣: • أنهم لو تبايعا مجازفة ثم كيلًا بعد ذلك، فظهرا متساويين لم يجز، خلاقًا لزفر؛ لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز ٥.

⁽۲) جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢٠٢٨: ٥ وصع البيع في الطعام وهو الحنطة ووقيقها؛ لأنه يقع عليها عرقا، وسيأتي في الوكالة والحيوب وهي غيرهما كالعشرى والحمص ونحوهما، ولو كان البيع جزائفا أي يطريق المعاذة معرب كزف فو ربي بغير جنس لقول عليه الصلاة والسلام : • وإنا اعتلف الوعان فيموا كيف شتم • بخلاف ما إذا بيع بجنسه عبارة فإنه لا يصع لاحتال الرباء وصع أيضاً بيع المكبلات والمؤرفات يانا، أو حجر معين كل منها جهل قدره الأن اللام من الصحة جهالة تفضى إلى الزاع ومعا ليست كذلك »

لشبهة الربا، وكذا لا يجوز أن يكون رأس مال السلم جزافًا؛ لأن السلم إذا أقبل يجب على المسلم إليه أن يعيد ما أخذه إلى رب السلم، فإذا كان جزافًا وغير معين لا تمكن إعادته.

وإذا باع البائع الحنطة جزافًا وهي في حفرة فللمشتري خيار كشف الحال عندما يرى الحفرة ويطلع على عمقها، إلا إذا كان يعلم ذلك قبل البيع، وإذا ظهر في أسفل الحفرة مادة أجنية عن الحنطة فللمشتري الخيار ولو كان يعلم عمق الحفرة قبل البيع، وإذا ادعى البائع أن البيم وقع جزافًا وادعى المشتري بأنه وقع بالكيل وظهر المبيع ناقصًا تحالفًا.

وإذا ادعى الباتع أن البيع وقع جزاقًا بألف قرش فلا يسأل عن النقص، وقال المشتري: إن البيع وقع بالكيل أو بالوزن بألف قرش وظهر ناقصًا فلى الخيار فالقول للباتع.

وإذا قال البائع: بعت جزافًا بألف قرش وقال المشتري: اشتريت المبيع كل ذراع بقيمة كذا فالقول للمشتري(١٠٠).

● (مادة ٤٠٤): إذا بيعت المكيلات والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر والعدديات جزافًا جاز للمشتري التصرف فيها قبل كيلها ووزنها وعدَّما، وإن بيعت بشرط الكيل والوزن والعد فليس للمشتري التصرف فيها حتى يقبضها، و لا يعد قابضًا لها حتى تكال وتوزن وتعد.

المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر، إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صحح البيع، سواء سعي ثمنها فقط أو بُيّنَ وفصل لكل كيل أو فرد أو رفر المنها ثمنها ثمنها ثمنها فقط أو لإمكان معرفة ثمن أورادها، ولإمكان معرفة ثمن الحصة الزائدة والناقصة، إلا أنه إذا وجد عند التسليم تامًّا لزم البيع لعدم تفريق الصفقة، وإذا ظهر ناقصًا كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، ولا يكلف البائع لشراء المقدار الناقص وإعطاءه للمشتري، وإذا كان المشتري قد دفع كل الثمن يرجع على البائع بثمن القدر الناقص، ويسمى هذا الخيار خيار تفرق الصفقة، وإذا ظهر زائدًا فالزيادة للبائع.

كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلاً ووزنًا وعددًا وذرعًا يصح بيعها جزافًا أيضًا، مثلاً: لو باع شُيرة حنطة أو كوم تبن أو آجُر أو حمل قماش جزافًا صح السع، بشرط أن تباع بغير جنسها، وألا تجعل رأس مال سلم؛ لأن المبيع مكيلاً يعلم بتعيين

⁽١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٢١٧).

مقداره بالكيل، وجزافاً يعلم بالإشارة إليه فهو معلوم على كلا الحالين والبيع صحيح، أما إذا بيع بجنسه فإذا كان أزيد من نصف صاع فالبيع جزافاً فيه غير جائز؛ لاحتمال الربا، وكذلك رأس مال السلم لا يجوز البيع فيه جزافًا، بل يشترط أن يكون معلومًا؛ لأن السلم إذا أقبل بالتراضي وجب على رب السلم أن يعيد إلى المسلم إليه ما أخذه منه، فإذا كان مقداره غير معلوم فلا تمكن الإعادة".

● (مادة ٤٠٠): إذا بيعت المذروحات والموزونات التي في تبعيضها ضرر جزافًا أو بشرط الذرح والعد، وقد سمى الثمن جملة، جاز للمشتري التصرف فيها قبل ذرعها ووزنها، وإن كان سمى لكل ذراع أو رطل ثمثًا لا يجوز له التصرف فيها قبل الذرح والوزن.

المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع، سواء سمي ثمنها فقط أو يُبِيَّنَ وَفُصَّلَ لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حدة، إلا أنه إذا وجد عند التسليم تامًا لزم البيع، وإذا ظهر ناقصًا كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإذا ظهر زائدًا فالزيادة للبائم (١٠).

● (عادة ٤٠٦): يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات مفردة، ويصح بيع مقدار معين منها صفقة واحدة، مع بيان ثمن كل فرد منها على حدته أو بيان ثمنها جملة. المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها فإن سمى لجملة الذرعان ثمناً واحداً ولم يسم لكل ذراع منها على حدة، بأن قال: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيح جائز؛ لأن المبيع وثمنه معلومان، ثم إن وجده مثل ما سمى لزمه الثوب بعشرة دراها فالزيادة سالمة للمشتري، وإن وجده تسعة أذرع لا يطرح لأجل النقصان شيئاً من الثمن، وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن المداد؛ أن الماد المداد، إلى المداد، إلى المداد، وإن وجده تسعة أذراء المداد، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن المداد؛ إلى المداد، إلى ال

ووجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة، كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها، والثمن يقابل الأصل لا الصفة؛ والدليل على أنها جارية مجرى الصفة

⁽١) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٢٠٢، ٢٠٢.

⁽٢) انظر شرح مجلة الأحكام: ١٩٩١.

أن وجودها يوجب جودة في الباقي، وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة، فنلحق الزيادة بالبجودة والنقصان بالرداءة حكمًا، والجودة والرداءة صفة، والصفة ترد على الأصل دون الصفة، إلا أن الصفة تملك تبمًا للموصوف؛ لكونها تابعة قائمة به، فإذا زاد صار كأنه اشتراه ردينًا فإذا هو جيد، كما إذا اشترى عبدًا على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط، فوجده كاتبًا أو خياطً، أو اشترى عبدًا على أنه أعور فوجده سليم العينين، أو اشترى عبدًا على أنه أعور فوجده سليم العينين، أو اشترى عبدًا على أنه يبد فوجده بردينًا، أو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين، فوجده على كاتب ولا خباز أو صحيح العينين، فوجده غير كاتب ولا خباز أو صحيح العينين، فوجده غير كاتب ولا خباز أو صحيح العينين، فوجده غير غيم نائمن لكن يثبت له الخيار كله المذاء المحكيلات والموزونات التي لا ضرر بينه المعدودات المتقاربة؛ لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف؛ لأنها أصل بنفسها حقيقة، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن، إلا أنها الحقت بالصفة في المذروعات وبحوما؛ لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي، وفواتها يوجب النقصان والرداءة له، وهذا المعني ههنا منعدم فيقيت أصلًا بنفسها حقيقة.

وإن سمى لكل ذراع منها ثمنًا على حدة بأن قال: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فالبيع جائز؛ لما قلنا، ثم إن وجده مثل ما سمى، فالأمر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم، وإن وجده أحد عشر ذراعًا فهو بالخيار إن شاء أخذ كله بأحد عشر درهمًا، وإن شاء ترك، وإن وجده تسعة أذرع فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان درهمًا وأخذه بتسعة دراهم، وإن شاء ترك؛ لتفرق الصفقة عليه، وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها؛ لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف، فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له، ولا يطرح لأجل النقصان شيئًا؛ لأن الثمن يقابل الأصل ون اللهذة، بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداه.

وحل هذا الإشكال أن الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق، إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة.

فأما إذا أفرد به فلا يجري مجرى الصفة مطلقًا، بل يكون أصلاً من وجه وصفة من وجه، فمن حيث إن التبعيض فيها يوجب تعييب الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة، ومن حيث إنه سمى لكل ذراع ثمنًا على حدة كان كل ذراع معقودًا عليه، فكانت الزيادة أصلاً من وجه، صفة من وجه، فمن حيث إنها صفة كانت للمشتري؛ لأن الثمن يقابل الأصل الالسلم له إلا بزيادة لا الصفة، وإنما يدخل في البيع تبعًا على ما بينا، ومن حيث إنها أصل لا يسلم له إلا بزيادة ثمن؛ اعتبارًا للجهتين جميعًا بقدر الإمكان، فله الخيار في أخذ الزيادة وتركها؛ لأنه لو لزمه الأخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن، لم يكن لزومها ظاهرًا عند العقد واختل رضاه، فوجب الخيار، وفي النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي؛ اعتبارًا لجهة الأصالة وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة تفرقت عليه وأرجب خللًا في الرضا، وذا يوجب الخيار.

وعلى هذا جميع المذروعات من الأرض والخشب وغيرهما أنه إن لم يسم لكل ذراع ثمناً بأن قال: بعت منك هذه الأرض على أنها ألف ذراع بأنف درهم، فالبيع جائز؛ ثم إن وجدها مثل ما سعى، فالأمر ماض ويلزمه الأرض كل ذراع بدرهم، وإن وجدها أزيد فالزيادة سالمة له ولا خيار، وإن وجدها أنقص فهو بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لما ذكرنا أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفات، والثمن يقابل الأصل دون الصفة، وإن سعى لكل ذراع ثمناً على حدة بأن قال: كل ذراع بكذا فالبيع جائز لما ذكرنا، ثم إن وجدها مثل ما سمى فالأمر ماض، وإن وجدها أزيد فهو بالخيار، إن شاء أخذ الزيادة ثمن لم يلتزمه بالعقد، وإن وجده أنقص تسقط حصته بشمنها، وإن شاخيرا؛ لتفوق الصفقة على ما ذكرنا في الثوب.

وعلى هذا الخشب وغيره من الذرعيات، وعلى هذا الموزونات التي في تبعيضها ضرر بأن قال: بعت منك هذه السبيكة من الذهب على أنها مثقالان بكذا فالبيع جائز، ثم إن وجد على ما سمى فالأمر ماض، وإن وجده أزيد أو أنقص فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الذرعيات.

وعلى هذا إذا باع مصوفًا من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا منًا بكذا درهمًا، فوجده أكثر أو أقل، فهو على التفصيل الذي ذكرنا؛ لأن الوزن في مثله يكون ملحقًا بالصفة بمنزلة الذرع في الذرعيات؛ لأن تبعيضه يوجب تعييب الباقي، وهذا حد الصفة في هذا الباب، ولو باع مصوعًا من الفضة على أن وزنه مائة بعشرة دنانير، ولم يسم لكل عشرة ثمنًا على حدة بأن قال: بعشرة دنانير ولم يقل: كل وزن عشرة بدينار وتقابضا وافترقا، فالبيع جائز، ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماض، ولا خيار، وإن وجده أزيد بأن كان مائتي درهم مثلاً، فالكل للمشتري بعشرة دنانير ولا يزاد في الثمن شيء؛ لأن الزيادة فيه بمنزلة الصفة، والصفات المحضة لا يقابلها الثمن، وإن وجده تسعين أو ثمانين، فهو بالخيار على ما ذكرنا.

وإن سمى لكل عشرة ثمنًا على حدة بأن قال: بعت منك على أن وزنه مائة بعشرة دنانير،

كل وزن عشرة بدينار وتقابضا فالبيع جائز، ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماض و لا خيار، وإن وجد وزنه أزيد، بأن كان مائة وخمسين نظر في ذلك إن علم ذلك قبل التفرق فله الخيار، إن شاء زاد في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر دينازا، وإن شاء ترك؛ لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة المقد، وإن علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ؛ لانعدام التقابض فيه، وله الخيار في الباقي إن شاء رضي به بعشرة دنانير، وإن شاء رد الكل واسترد الدنانير؛ لأن الشركة في الأعيان عيب.

وإن وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار إن شاء رده، وإن شاء رضي به واسترد من الثمن خمسية دنانير، وكذلك لو باع مصوعًا من ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل، ولو باع مصوعًا من الفهب بجنسه مثل وزنه هذا التفصيل، ولو باع مصوعًا من الذهب بجنسه مثل وزنه على أن وزنه مائة بمائة ثم وجده أزيد مما سمى فإن علم بالزيادة قبل التغرق فله الخيار إن شاء زاد في الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل، وإن شاء ترك؛ لأن المجلس له حكم حالة المعتد، وإن علم بها بعد التغرق بعل البيع في الزيادة؛ لأن التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة ولم يوجد في قدر الزيادة، وإن وجد أقل مما سمى فله الخيار إن شاء رضي بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن، وإن شاء رد الكل واسترد جميع الثمن، سواء سمى الجملة أو سمى ككل وزن درهمًا؛ لأن عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع إلا سواء بسواء،

•••

(هادة ۲۰۷): ما جاز بيعه منفردًا يجوز استثناؤه من البيع.

كل ما جاز بيعه منفردًا جاز استثناؤه من المبيع، مثلاً: لو باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلاً على أنه له صح البيع، أي ما كان تابعاً للشيء جاز استثناؤه منه في البيع، سواء كان دائم الاتصال به، كالجزء المعين من الرأس واليد والرجل، أو غير دائم الاتصال به، كالجنين في البطن، ولا يجوز استثناء حق المرور والشرب والمسيل عن الأرض والقنوات في البيع.

أما كل ما لا يجوز بيعه منفردًا، فلا يجوز استثناؤه من البيع، كاستثناء جنين الفرس في بيعها؛ لأن الملكية هي حكم البيع والملكية توجب تصرف المالك كيفما شاء، فبقاء المبيع بيد البائع تابعًا لجنين الفرس، يوجب عدم التسليم ويوجب عدم إمكان تصرف المشترى وهذا لا يجوز.

⁽١) انظر بدائع الصنائع: ٥/ ١٦٠.

ويجوز استثناء كل ما لا يدخل في البيع بدون ذكر، كبيع صبرة حنطة باستثناء ثلثها، وطريق الدار في بيع العين، والعلو في بيعها، وبيع رقبة الطريق واستثناء حق المرور فيه، وبيع البناء التحتاني واستثناء حق قرار الفوقائي، وبيع الحديقة واستثناء شجرة جوز في وسطها، مع حق قرارها كل ذلك صحيح وجائز.

أما بيع البناء واستثناء بعض أعمدته وأحجاره صحيح إذا كان المشتري اشترى الملك؛ ليخربه ويرفعه وإلا فلا(١٠).

♦ (هادة ٨٠٤): كما يصح بيع العقار المحدود بالمتر والذراع يصح بيعه بتعيين حدوده.

المحدود إما أن يباع بتعين حدوده، فالعبرة للحدود، وإما أن يباع بالذراع والمتر فالعبرة للمساحة، وإما أن يباع بتعيين الحدود فالعبرة للحدود؛ لأن القصد هو وقوف المشتري على المبيع على وجه ينفي الجهالة، سواء عرفه بالإشارة أو المساحة أو بيبان الحدود.

لذلك لو بيعت عرصة بتعيين حدودها، فالعبرة للحدود، ولو ذكرت مساحتها ومقدار ذراعها حين البيع^(۱)،

(مادة ٤٠٩): يصح أن يكون المبيع أحد شيئين قيميين أو مثليين من جنسين مختلفين
 أو ثلاثة أشياء، كذلك يعين ثمن كل منها على حدته، ويجعل الخيار في تعيينه للمشتري
 بأن يأخذ أيًا شاء بثمته، أو للبائع بأن يعطي أيًّا أراد بثمته للمشتري، ولا بد من توقيت هذا
 الخيار بثلاثة أيام أو أقل لا أكثر (").

لو بين البائم أثمان شيئين أو أشياء من القيميات كلَّا على حدة، فإن المشتري يأخذ أيَّا شاء بالثمن الذي بينه له أو البائع يعطي أيَّا أراد كذلك صح البيع استحسانًا، وهذا يقال له: خيار التعيين، ويكون خيار الشرط مع خيار التعيين وإذا وجدا ممّّا يعتبر حكم خيار الشرط أيضًا علاوة على حكم هذا الخيار.

خيار التعيين يكون باليع الصحيح وباليع الفاسد، وإذا كان باليع الفاسد يكون المبيع مضمونًا بيده، أما سائر أحكام خيار التعيين في اليع الفاسد، فهي كأحكامه في الييع الصحيح.

⁽١) عجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٢١٩).

⁽٢) مجلة الأحكام العدلية وشرحها للمحاسني المادة (٢٢١).

⁽٣) تنفق هذه المادة مع المادة (٢٦٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان المبيع باليع بخيار التعيين واحدًا والباقي أمانة لذلك كان القياس فساد هذا البيع يحكم المادة (٢٦٣) من المجلة، إلا أنه جوز استحسانًا، ووجه الاستحسان هو أن الخيار وضع لرفع الغين؛ لأن المشتري يحتاج إلى إراءة المبيع للغير، والبائع الوارث للمبيع يحتاج إلى إراءته والتأمل فيه إذا كان لا يعرف حقيقته، ولا بد فيه من تعيين ثمن كل مبيع على حدة، سواء كانت الأثمان متساوية أو مختلفة، كما أشير إلى ذلك في متن هذه المادة؛ فلو قال البائع للمشتري: بعتك إحدى هذه الدواب الثلاث باعتبار قيمة الأولى كذا والثانية كذا والثالثة كذا؛ التتخار منها ما تشاء في ثلاثة أيام، فاشترى منه فعلى هذا الوجه، ولو قال المشتري للبائع: بإعطائي ما شت منها بظرف ثلاثة أيام صح اليع، وكان في الصورة الأولى الخيار للمشتري بإنائية الخيار للبائع.

أما المثليات التي هي من الجنس الواحد فلا يجوز بيعها بخيار التعيين؛ لعدم التفاوت بين أفرادها، ولذا تقيدت الخيار في هذه المادة بالقيمي، ولا بد من ذكر كلمة الخيار أو ما يقوم مقامها من الألفاظ، وإلا لو باع البائع إحدى الأموال الثلاثة بدون تخيير المشتري لا يصح البيع.

وكذا لا يجوز خيار التعيين بأكثر من ثلاثة أشياء من القيميات؛ لأن خيار التعيين جوز استحسانًا للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها؛ لأن في الثلاثة أشياء يوجد أعلى وأدنى ووسط، ولا يد من وجود غرض أحد المتبايعين فيها.

ويجوز خيار التعيين إلى المتبايعين ممًا، كما هو الحال بخيار الشرط؛ لأن إعطاء الخيار للطرفين هو إعطاء خيار مؤلف من خيارين جائزين، وهـذا صحيح، ومتى كـان الخيار للطرفين لا يتم البيع إلا إذا اتفقا على مبيع، أما إذا اختار المشتري مبيعًا لم يختره البائع لا يقع البيم(").

وتتفق هذه المادة مع المادة (٢٦٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الاسلامة")، ونصها:

١ - « يكون الالتزام تخييريًا إذا شمل العقد أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى
 واحدًا منها، ويكون خيار التعيين للمدين، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

⁽١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣١٦).

⁽٢) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٨٤.

٢ - وإذا تم الاختيار استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه العقد ١٥٠٠.

 (مادة ٤١٠): إذا كان خيار التعيين للبائع فله أن يلزم المشتري أيهما شاء، إلا إذا تعيب أحد الشيئين في يده، فليس له أن يلزمه المعيب إلا برضاه، فإن لم يرض به فليس له أن يلزمه بالآخر (").

إذا قال المشتري للبائع: قد اشتريت إحدى بغلتيك بألف على أن تكون مخيرًا في أن تعطيني أيهما شنت في مدة ثلاثة أيام، فقبل البائع، فالبيع صحيح وخيار التعيين يثبت للبائع، أما المثليات التي تكون من جنس واحد، فإنها غير متفاوتة فلا يحتاج فيها لخيار التعيين.

فإذا باع شخص من آخر ثلاث كيلات حنطة على أن يختار منها المشتري كيلة بثمن كذا، أو يدفع البائع إلى المشتري منها كيلة، فالبيع غير صحيح، ومثله لو گال البائع: بعتك أحد مالي أو أموالي الثلاثة وقبل المشتري، فلا يكون ذلك بيمًا بخيار التعيين بل بيمًا لمجهول وهو فاسد.

ولا يصح خيار التعيين في أكثر من ثلاثة أموال، فلا يكون صحيحًا في أربعة أو خمسة أو أكثر؛ لأن البيع الذي يقع فيه خيار التعيين بهذا يكون المبيع فيه مجهولًا؟

وتنفق هذه المادة مع المادة (٢٦٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(١)، ونصها:

(١) وتقابل هذه المادة المواد (٣٣٦) مدني كريتي، و (١٠٧) مدني أردني، و المادة (٢٩٨) مدني عراقي ونصها: ١ - ٩ يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة، ويكون الخيار في تعييته للمدين

- * يصح أن يحون عمل الانتزام أحد أشياء فيميه أو مثليه من أجناس مختلفه، ويحون أحجار في تعيينه للمدير ل للدائن.

٢ - وإذا أطلق خيار التعيين فهو المدين إلا إذا اقتضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الحيار يكون للدائن ٢.

وخيار التعبين في الفقه الإسلامي، وهو الذي يقابل التخير في الالتزام التخييري، لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة بولام نية كذر المنة التي يتم فيها الحيار على خلاف في الرأي، ويكون الحيار إما للمشتري أو لليانع حسب الشرط. راجع المبسوط للسرخسي: ١٣/ ١٤٥٠ المباتل للكاساني: ٥٠/١٥، فتح القدير للكهاك بن الهام: ١/١٥٠ عبد الرزاق الحمد المنبعوري، الرسطة: ٢/ ١٤٢٠ ١٤٤ ماشق ١.

وانظر أيضًا م : ٣١٦ من المجلة.

والظاهر أن نقل الملكية في خيار التميين في الفقه الإسلامي يستند إلى الماضي في حالة ما إذا كان الحيار للمشتري أي للدائن. انظر البدائم: ٥/ ٢٦١، ٢٦١، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط : ٣/ ١٦٥ هامش ١.

(٢) تنفق هذه المادة مع المادة (٢٦٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣١١.

(٤) انظر المادة (٢٦٥) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية

١ = ٤ إذا كان خيار التعيين للمدين، وهلك أحد الأشياء التي اشتمل عليها العقد،
 تركز اختيار المدين في الأشياء الباقية، وإذا اهلكت الأشياء جميعها بسبب أجنبي انقضى
 الالتزام.

 وإذا هلكت الأشياء جميعها، وكان المدين مسؤولًا عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد هذه الأشياء، كان ملزمًا بأن يدفع قيمة آخر شيء هلك ١٤٠٠.

 (مادة ٤١١): إذا كان خيار التعيين للبائع وهلك أحد الشيثين في يده كان له أن بلزم المشترى بالثاني فإن هلكا منا بطل العقد.

إذا كان المخير بخيار التعيين هو البائع يجري في ذلك الأحكام السبعة الآتية:

الأول: جبر الباتع على أن يعين ما يريده مبيعًا من المالين أو الثلاثة التي باعها بخيار التعيين، وليس فسخ البيع في جميع المبيع، ما لم يكن له خيار الشرط مع خيار التعيين، وللبائع أن يلزم المشتري بواحد من تلك العبيعات، وليس للمشتري أن يمتنع عن قبول ما يلزم به البائع؛ لأن البيع من جانب المشتري باتٌ، لكن ليس للبائع أن يلزم المشتري بالمبيعين مكا؛ لأن المبيع واحد فقط.

الثاني: لا ينفسخ البيع إذا تلف مبيع أو مبيعان من ثلاثة، سواء أكان التلف قبل القبض. أم بعده؛ لأن المبيع ثابت يقينًا وموجود، وتردد الحكم بين أن يكون الهالك هو المبيع فيمطل البيع وأن يكون غيره فلا بمطل، فإن البقين لا يزول بالشك.

الثالث: أما إذا تعب جميع المبيعات قبل التسليم فلا ينفسخ البيع إلا أن المشتري يكون مخيرًا، فله أن يقبل المبيع الذي يلزمه به البائع بثمنه المسمى وله أن يتركه بسبب خيار العبب. الرابع: إذا تعيب بعض المبيعات قبل التسليم فلا ينفسخ البيع أيضًا، وينظر بعدئذ، فإن كان الخيار للبائع كان له أن يلزم المشتري بالمبيع الخالي من العيب، فالمشتري مجبر على قبوله، وليس له أن يمتنع عن القبول بحجة أنه كان يرغب في المال المعيب، وأن ذلك

⁽١) تطابق في حكمها المادة (٤١٠) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

۱ – و إذا كان الحيار للمدين وهلك أحد الشيئين في يده كان له أن يلزم الدائن بالتاني، وإن هلكا ممّا بطل المقد. ۲ - فؤذا كان المين صدولاً عن الهلاك ولو بالنسبة إلى أحد هذه الأشياء كان عليه أن يدفع قيمة آخر ما هلك منها ». انظر في أحكام الملاك في خيار التعيين في الفقه الإسلامي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط : ۲۲ (۱۷۷، ۱۷۲ في الهامش، الخطاف : ٤/ ۱۷۵،

المال قد تعيب فلا يريد أخذ شيء منه؛ لأنه ليس للمشتري بذلك خيار تعيين، أما إلزام البائع المشتري بالمبيع المعيب فالمشتري مخير، له قبوله بثمنه المسمى وله رده بخيار العيب، ولكن إذا ألزم البائع المشتري بالمعيب فأبى المشتري قبوله فليس للبائع بعد ذلك إلزامه بالخالي من العيب؛ لأن خيار التعيين قد انتهى باستعماله مرة واحدة.

الخامس: إذا تلف جميع المبيعات قبل التسليم يصبح البيع منفسخًا وباطلًا.

السادس: إذا تلفت المبيعات بعد التسليم في يد المشتري ينظر فإن كان وقوع التلف على التعاقب، أي تلف أحدهما عقب الآخر فما تلف أولًا يكون أمانة، وما تلف ثانيًا يضمن المشترى قيمته، وإذا تلفا مكًا يضمن نصف قيمتهما.

السابع: إذا تعيب جميع المبيعات أو بعضها بعد القبض يقي الباتع كما كان مخيرًا، وله أن يلزم المشتري بما يريده من المال؛ فعلى هذا التقدير إذا كان المال الذي ألزم به المشتري غير المعيب فالمشتري مجبر على قبوله، وإذا كان قد ألزمه بالمال المعيب فإن كان عيبه حصل بعد القبض كان المشتري أيضًا مجبرًا على قبو له⁽¹⁾.

● (مادة ٤١٣): إذا كان خيار التعيين للمشتري وهلك أحد الشيئين في يده تعين عليه أخذه
ويكون الآخر في يده أمانة، فإن هلكا معًا ضمن نصف كل واحد منها، وإن تعييا ممًا فالخيار
بحاله، وإن تعييا متماثبًا تعين أخذ ما تعيب أولًا ٣٠٠.

من له خيار التعيين يلزم عليه أن يعين الشيء الذي يأخذه عند انقضاء المدة التي عينت، وليس له فسخ البيع في الجميع ما لم يكن مع خيار التعيين خيار شرط أو يتعين أحد المبيعات أو جميعها، ففي هاتين الصورتين يحق للمشتري فسخ البيع في الجميع، يعني إذا كان المشتري مخيرًا بخيار التعيين وخيار الشرط فللمشتري في مدة خيار الشرط أن يرد جميع المبيع، حتى لو اختار أحدها وعبّّه على أن يكون مبيعًا؛ لأن واحدًا منها أو النين أمانة فيرد أو يردان كالأمانة والآخر مخير فيه بخيار الشرط فيرده بهذا الخيار.

لكن إذا سقط خيار الشرط بمرور المدة أو موت المشتري فالبيع يكون لازمًا في أحد المبيعات، ويجبر المشترى على التعيين "".

⁽١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣١٥.

 ⁽٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٢٦٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٣) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣١٥.

♦ (عادة ٢١٣): إذا مات من له العنبار قبل النعبين انتقل حقه إلى وارثه، ويجبر على تعيين الشي الذي يريد إعطاءه إن انتقل الخيار لوارث البائع، أو الذي يريد أخذه إن انتقل لوارث المشترى ويطالب بثمنه.

المستوى ويصاب بعد. خيار التعيين ينتقل للوارث؛ لأن الوارث يقدر على تمييز المبيع من غيره كمورثه، ويستحق الوارث هذا الحق كما كان مورثه يستحقه قبله، وهذا الخيار لم يثبت له على سبيل الإرث، بل لكونه قادرًا على تفريق المبيع وتمييزه كمورثه، وقد ورث حق تعيين المبيع وتخصيصه. مثلًا: لو أحضر البائع ثلاثة أثواب: أعلى وأوسط وأدنى من جنس واحد، وبين لكل منها ثمنًا على حدة وباع أحدهما على أن المشتري في مدة ثلاثة أيام يأخذ أبها شاء بالثمن الذي تعين له، وقبل المشتري انعقد البيع، وفي المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين أحدها ودفع ثمنه، فلو مات قبل التعيين يكون الوارث أيضًا مجبورًا على تعيين أحدها ودفع ثمنه. ولو اشترط المورث خيار الشرط مع خيار التعين ينتقل للوارث خيار التعيين فقط؛ لأن خيار الشرط يسقط بوفاة صاحب، وكذا الحكم بخيار التعيين إذا كان للبائع فإنه ينتقل

⁽١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣١٩).

الغَضِلُ الزَّاجُ

فى الثمن

(مادة ٤١٤): الثمن هو: ما تراضى عليه العاقدان، سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص،
 والقيمة هي: ما قوم به الشيء بمنزلة العميار من غير زيادة ولا نقصان.

الثمن في اللغة: العوض، والجمع أثمان، وثمته تثمينًا: جعلت له ثمنًا، والثمن: اسم لما يُخذ المنفر: اسم لما يُخذ الما يضم عبنًا كان أو سلعة، وكل ما يحصل عوضًا عن شيء فهو ثمت، وفي اصطلاح الفقهاء هو: ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع، وتطلق الأثمان أيضًا على الدراهم والدنائير، وعلى ذلك فالثمن: ما يقع به التراضي بين المتعاقدين سواء أكان مساويًا للقيمة أم أزيد منها أم أنقص.

والقيمة في اللغة: الثمن الذي يقوم به المتاع، والقيمة واحدة القيم، وهي ثمن الشيء. وفي الاصطلاح: هي ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان (١٠٠).

...

● (هادة ٥١٤): يشترط لصحة العقد تعبين الثمن في العقد ومعلوميته عند المتعاقدين(١٠٠).

تسمية الثمن حين البيع لازمة، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسدًا؛ لأن البيع بدون تسمية الثمن يوجب النزاع غالبًا بين المتعاقدين، وكل عقد أوجب النزاع كان فاسدًا، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع المنابذة وإلقاء الحجر وأمثالها من البيع التي كانت معتبرةً عند الجاملية؛ لأنها ترجب النزاع، أما البيع بنفي الثمن فباطل؛ لأن البيع المطلق يقتضي المعاوضة فإذا سكت عن الثمن فكأن البائع يقول حين البيع: بعت هذا المبيع بقيمته إلا أن البيع فاسد لعدم تعيين الثمن، أما لو نفى الثمن صراحةً فيكون المال مفقودًا من أحد الجانبين ولا يوجد الانمقاد في الأصل، وصح البيع الفاسد لجهالة الثمن إذا تعين قبل الافتراق عن المجلس؛ لأن المانم إذا زال عاد الممتوع.

ويلزم أن يكون الثمن معلومًا قدرًا ووصفًا صراحة أو عرفًا، بناءً عليه: إذا قال البائع للمشتري: بعتك مالي هذا برأس ماله أو بقيمته الحقيقية أو بما يخمنه المخمنون أو بما

⁽١) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٣٤/ ١٣٢.

⁽٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٣٨٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

أخذ مثله فلان فالبيع فاسد، أما إذا تمين الثمن في المجلس أو كان المبيع خبرًا معلوم القيمة فالبيع صحيح، وإذا تعين الثمن قبل التفرق عن المجلس فالمشتري بالخيار إن شاء قبل البيع وإن شاء فسخه وردًّه.

وكذا إذا قال المدين لدائنة: خذ هذه الحنطة واحسب ثمنها من ديني لك على حساب رائج البلدة، فإذا كان الرائج معلومًا عندهما صح البيع، وإلا فلا، حتى ولو كان معلومًا عند الناس.

وكذا البيع بالرقم كالبيع بالسعر المعين في القائمة فهو صحيح إذا علم المشتري السعر قبل التفرق عن المجلس ورضي به، وإلا لا يصح، أما الجهالة اليسيرة فلا تفسد البيع، فإذا قال المديون لدائه: لك عندي ألف قرش بعتك مالي هذا بمقابل قسم من الدين، وبعتك مالي هذا بمقابل القسم الباقي فيكون البيع صحيحًا.

ويجب بيان مكان تسليم الثمن إذا كان مؤجلًا ومحتاجًا للحمل والمؤونة، ولا يجب ذلك إذا كان معجلًا وغير محتاج للحمل والمؤونة؛ لأنه يجوز تسليمه في غير بلد المقد، وإذا اشترط تسليم في غيرها كان اليم فاسدًا (١٠).

وتنفق هذه المادة مع المادة (٣٨٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(٢٠) ونصها:

١ - ٩ يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يعين بمقتضاها فيما بعد.

 ٢ – وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد، فلا ينعقد العقد إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير ٤٠٠٠.

⁽١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٢٣٧ ، ٢٣٨).

 ⁽۲) انظر المادة (۲۸۷) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ۱۳٤.

⁽٣) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٣) من مشروع القانون المدني المصري.

وحكم الفقرة الأولى من هذه المادة يخالف ما هو مجمع عليه في فقه القانون الوضعي وفقه القانون العربي عامة، ويلاحظ أن ترك تقدير الشمن لأجنبي بجعله غير معلوم للعاقدين عند التعاقد، وهو ما يرفضه الفقه الإسلامي: نظرًا لما ينطوي عليه من الجهافة، وإذا كانت هناك أمور أخرى تصلح أساسًا لتفدير الشمن، كالبيع بسعر السوق، أو بالسعر المتداول في التجارة، أو الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين، فإن الملحوظ فيه أن تقدير الشمن ليس رهيئًا يارادة شخص معين.

انظر المادة (٢٢) من مشروع تفين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنيل و المادة (١٧) من هذا المشروع على مذهب الإمام الشافعي و المادة (٢٣) من هذا المشروع على مذهب الإمام مالك.

ويختلف بعض ما جاء في هذه المادة (٤٥٩) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأني: ٩ يجوز أن يقتصر في تحديد=

لبيوع: شروط المبيع وكيفية بيعه 💴 💴 ٧٧٣

 (مادة ٢١٦): إذا كان الثمن حاضرًا يعلم بمشاهدته والإشارة إليه، وإن كان غائبًا يعلم بوصفه وبيان قدره.

إذا كان الثمن حاضرًا فالعلم به يحصل بمشاهدته والإشارة إليه، وإذا كان غائبًا يحصل بيان مقداره ووصفه.

ذلك أن الإشارة أبلغ طرق التعريف، ولا يكتفى في مبادلة المثليات بجنسها بدون بيان قدرها لشبهة الربا، فإذا بيعت صُبرة حنطة مجهولة المقدار مقابل صبرة حنطة مجهولة فالبيع فاسد.

وإذا كان الثمن موضوعًا في منديل وأشير إليه من خارج المنديل فالبائع بالخيار عندما يطلع على قدر الثمن، إن شاء قبل البيع وإن شاء رده، ويسمى هذا الخيار خيار الكمية، وإذا ظهر أن الدراهم زيوف فالمشتري يكلف بدفع نقود راتجة.

وكذا يعلم الثمن بالدلالة، فإذا قال البائع للمشتري: بعتك مالي هذا بعشرة قروش وقال المشتري: لا أشتريه إلا بثمانية، وأخذه وذهب وسكت البائع فيكون البيع وقع بثمانية قروش فقط (١٠).

•••

● (عادة ٤١٧): إذا تعدد نوع مسكوكات الذهب والفضة في بلدة، واختلفت ماليتها مع الاستواء في رواجها يلزم أن يبين في العقد نوع الثمن منها وإلا فسد العقد، إنما إذا بين بعد

⁼الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره، كما يجوز أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث، فإذا لم يجدده لأي سبب، كان الثمن هو ثمن المثل ؟.

و تُحتَّفُ كَذَلْكُ بِدَرِجَةً أقل مع المادة (۲۷ ء) من التغين العراقي التي تنص عل ما يأتي: • في البيع المطلق يجب أن يكون الشمن مقدرًا بالنقد، ويجوز أن يقتصر التقدير عل بيان الأسس التي يجدد الشمن بموجهها فيها بعد ه.

و تقابل المادة (۱۷۷) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي: «يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلومًا، وبكن نعله 18 ك

١ - بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرًا.

۲ – ببیان مقداره و جنسه ووصفه إن لم یکن حاضرًا.

٣ - بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ ١.

ويلاحظ أن التقين العراقي والتقين الأردني يأخذان في اليبع بالمنى الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي، وهو اعتبار اليبع مبادلة مال بإل، فأصبحت المقايضة فيها نوعًا من أنواع اليبع، أما اليبع بثمن نقدي فهو ما يسميانه باليبع المطلق. المادة : (٢٠٧٧) عراقي، والمادة : (٤٨٣) أردن.

⁽١) شرح مجلة الأحكام للمحاسني المادة (٢٣٩).

ذلك في المجلس ورضى به الآخر ينقلب العقد صحيحًا؛ لارتفاع المفسد قبل تقرره.

البلد الذي يتعدد فيه نوع الدينار المتداول، إذا بيع فيه شيء بكذا دينارًا ولم يبين فيه نوع الدينار يكون البيم فاسدًا، والدراهم كالدنانير في هذا الحكم .

هذا في الذهب الذي يكون متساريًا في الرواج مختلفًا في المالية، فإذا لم يبين حين العقد وصف الذهب كأن يقال: جنيه عثماني أو فرنساوي أو إنكليزي مثلًا، أو بعد العقد وقبل التفرق من المجلس فالبيع فاسد ؛ لأن وصف الثمن يبقى مجهولًا، فالبائع يطلب الأرفع والمشتري يعرض الأدون فيقع النزاع بين المتبايعين، وبما أن الجهالة الباعثة على النزاع مفسدة للبيم، فالبيم في هذه الصورة فاسد.

وههنا أربع صور، في واحدة منه يفسد البيع وفي الباقي يصح، فالمسألة التي نصت عليها المجلة مطلقة هي في الحقيقة مقيدة، وهذه الصور الأربع:

- ١ أن تكون الدنانير متساوية الرواج مختلفة المالية، ففي هذه الصورة البيع فاسد.
 - ٢ أن تكون مختلفة الرواج والمالية.
 - ٣ أن تكون متساوية المالية مختلفة الرواج.
 - ٤ أن تكون متساوية المالية والرواج .

فالصدورة الأولى؛ كأن يعقد البيع على جنيه في بلد يتداول فيها الجنيهات العشمانية والإنكليزية والفرنساوية متساوية الرواج، فإذا عقد البيع في هذا البلد على جنيه مطلق من غير بيان لنوعه، هل هو عثماني أو إنكليزي أو فرنساوي؟ فالبيع فاسد؛ لأن ثلاثة أنواع هذه الجنيهات متساوية الرواج في هذه البلد، فلا ينصرف الجنيه عادة إلى أحد هذه الجنيهات، كما أن ماليتها مختلفة أيضا؛ لأن الجنيه العثماني تزيد قيمته عن الجنيه الفرنساوي، والجنيه الإنكليزي تزيد قيمته عن الجنيه العثماني، إلا أنه إذا عين الجنيه في هذه الصورة بعد العقد وقبل التفرق ووقع التراضي فالميم ينقلب إلى الصحة؛ لأن المفسد قد ارتفع قبل التفرق فكان هذا البيان كالبيان المقارن.

والصورتان الثانية والثالثة اللتان يكون فيهما الذهب مختلف الرواج؛ كأن يكون الجنيه العثماني في بلد أروج من الجنيه الإنكليزي والفرنساوي فالبيع فيهما صحيح، سواء كانت الجنيهات المتداولة متساوية أم غير متساوية، وينصرف الجنيه عند الإطلاق في عقد البيع إلى الأكثر رواجًا وتداولًا في تلك البلد.

وعلى ذلك فإذا اشترى شخص من آخر متاعًا بكذا جنيهات في الأستانة فبما أن الذهب

العثماني هنالك أروح من غيره ينصرف الجنيه إلى الجنيه العثماني، فإذا اجتمع المتبايعان بعد ذلك في مدينة بيروت، فليس للمشتري أن يدفع الثمن للبائع جنيهات فرنساوية، بداعي أنها أروج من غيرها في بيروت؛ لأن العبرة للأروج في البلد الذي وقع فيه العقد، فعلى المشتري أن يدفع الثمن من نوع الذهب الذي يكون أكثر رواجًا في البلد الذي وقع فيه البيم.

الصورة الرابعة: وهي التي تكون فيها الدنانير متساوية المالية والرواج، البيع فيها صحيح، وللمشتري أن يدفع الثمن من أي نوع شاء من الدنانير؛ لأن الوصف هنا وإن كان مجهر لًا إلا أنه لا يؤدي إلى النزاع، وليس في الوقت الحاضر نقد من الذهب متساوي المالية، إلا أن الدول إذا إنققت جميعها على توحيد دنانيرها ظهرت فائدة هذه الصورة.

والفضة أيضًا على هذا المنوال، أي إذا كان في بلدة نقود فضية مختلفة المالية متساوية الرواج، ولم يبين في عقد البيع نوعها كأن يقال: كذا ريالًا أو مجيديًّا أو مصريًّا أو فرنكًا أو شلنًا من غير بيان للوصف، فإذا عين الطرفان بالتراضي نوع تلك الفضة في مجلس العقد قبل التفرق فالبيع لا يكون فاسدًا وإلا كان فاسدًا، أما إذا كانت النقود الفضية مختلفة الرواج متساوية المالية أو مختلفتها فالبيع صحيح، وينصرف الثمن إلى أروج أنواع الفضة في تلك البلدة، كما أنه إذا كانت أنواع النقود الفضية متساوية رواجًا ومالية فالبيع أيضًا صحيح، والمشتري له أن يدفع من أيها شاء (١٠).

وتنفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٤٨١) من القانون المدني الأردني، ونصها: « إذا حدد الثمن بنوع من النقود، وكانت له أفراد مختلفة انصرف إلى أكثرها تداولًا في مكان البيع »، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن هذا الحكم مأخوذ من المذهب الحنفي، طبقًا لما تشهد به المواد (٧٤٠ - ٢٤٣) من المجلة العدلية، ورد المحتار: ٤٢/٢.

(مادة ٢١٨): إذا بين وصف الثمن في العقد لزم المشتري أن يؤديه من صنف النقود
 الموصوفة.

إذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم على المشتري أن يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها، مثلًا: لو عقد البيع على ذهب مجيدي أو إنكليزي أو فرنساوي أو ريال مجيدي أو عمودي لزم المشتري أن يؤدي الثمن من النوع الذي وصفه وبينه من هذه الأنواع.

ولا يحق للمشتري أن يعطيه الثمن من أنواع النقد السائرة؛ لأن التعين على هذا مفيد،

⁽١) انظر مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر المادة (٢٤٠): ١/ ٢٢٠، ٢٢١.

وتعين الثمن على هذا الوجه لا ينافي الحكم الذي تفسمته المادة الآتية: وهو أن الثمن لا يتمين بتعيينه في العقد؛ لأن المقصود منه عدم تعيينه استحقاقًا؛ إذ إن الثمن يتعين جنسًا وقدرًا ووصفًا باتفاق الفقهاء، وعلى هذا:

أولًا: إذا بيع مال بمائة جنيه عثماني فالمشتري ملزم بأن يؤدي مائة جنيه عثماني، وليس له أن يؤدي مكان ذلك مائة جنيه فرنساوي، كما أنه ليس للبائع أن يطالب المشتري بدفع مائة ليرة إنكليزية.

ثانيًا: إذا باع شخص من آخر مالاً بنقد فضي، ثم أخذ من المشتري بعد البيع صكَّا بنقد ذهبي فلا يحل للبائع ديانة أن يأخذ ذهبًا بمقتضى ذلك الصك، أما إذا وصل النزاع إلى المحكمة، وادعى البائع أن البيع وقع على كون الثمن ذهبًا، وأقر المشتري أن الختم والإمضاء اللذين في الصك له، ولكن زعم أن البيع وقع على كون الثمن فضة، فإذا أثبت المشتري ذلك قبل منه، وإلا فله أن يطلب تحليف البائع بأن المشتري ليس كاذبًا في إقراره هذا، فإذا حلف البائع، حكم الحاكم على المشترى بدفعه ذهبًا استنادًا على إقراره الكتابي.

ثالثًا: إذا قال شخص لآخر: قد اشتريت منك هذا المال بخمسمائة قرش نقودًا ذهبية وفضية فقبل البائع، فعلى المشتري أن يدفع الثمن ذهبًا وفضة مناصفة؛ لأن أحد الجنسين أولى من الآخر، فالمقد مضاف إليهما على السواء وينقسم بينهما.

رابعًا: إذا بيع ينوع من الثمن، رخص الثمن أو غلا قبل أدائه للبائع فالمشتري ملزم بأن يدفع الثمن إلى البائع من ذلك النوع، والبائع ملزم بقبوله، سواء أكان الثمن من النقد الغالب الغش أم الغالب الفضة أم الذهب.

مثال ذلك: إذا اشترى إنسان من آخر متاعًا بخمسين ريالاً مجيدياً من الراتج بعشرين وعشرين ومشرين ومشرين ومشرين ومشرين أو بدفت المشتري الثمن غلا سعر المجيدي فأصبحت رائجة باثنين وعشرين ورشاء أو رخص إلى تسعة عشر قرشًا فالمشتري ملزم بأن يدفع إلى البائع الخمسين ريالاً مجيديًّا، كما أن البائع ملزم بقبول ذلك، ولا يلتفت إلى الغلاء أو الرخص العارض بعد المقد، وكذلك الحكم في القرض، فإذا اقترض إنسان من آخر عشرين ريالاً مجيديًا حينما كان الريالات التي اقترضها منه فالمقرض ملزم بقبولها، وليس دفع المقترض إلى المقرض مثل الريالات التي اقترضها منه فالمقرض ملزم بقبولها، وليس له إلزام المقترض بأن يدفع إليه عن كل ريال ثلاثين قرشًا، لكن إذا اشترى إنسان من آخر بنقد غالب الغش أو زيف حينما كان ذلك النقد رائجًا، وقبل تسليم الثمن كسد ذلك النقد

أو انقطع من أيدي الناس فرأي الإمام أبي يوسف أن البيع صحيح، وعلى المشتري أن يدفع إلى البائع قيمة ذلك النوع من الثمن حين السيع؛ لأنه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته في ذلك الوقت كالمغصوب، ورأي الإمام محمد أن المشتري ملزم بأن يؤدي قيمة ذلك النوع من الثمن إذا انقطم؛ لأن التحويل من رد المثلي إلى قيمته إنما صار بالانقطاع فيحتبر يومه.

وقد قال بعض الفقهاء: إنه يفتى بقول الإمام محمد رفقًا بالناس، ويعضهم قال: يفتى برأي الإمام أبي يوسف، وهذا الاختلاف جارٍ في القرض أيضًا، إلا أن مشايخ الإسلام أفنوا بقول الإمام أبي يوسف، وهكذا الحكم في بدل الإجارة.

أما إذا كان ذلك النوع من النقد غير كاسد، بل رائجًا في بلاد أخرى وغير راتج في البلد التي وقع فيها العقد، فالبائع مخير بعيب الثمن فله أن يأخذ الثمن عبنًا، وله أن يأخذ قيمة الثمن إذا كسد الثمن أو انقطع من أيدي الناس، وبعد تسليم الثمن إلى البائع لا يطرأ خلل على صحة البيع، كما أنه لا يترتب ضمان ما على المشتري، وعلى هذا إذا باع الدلال مالًا بإذن صاحبه من آخر فكسد الثمن بعد أن قبضه وقبل أن يسلمه إلى صاحبه، فالبائع ملزم بأخذ الثمن عينًا، وليس له أن يطلب غيره، كما أنه ليس له استرداد المبيم(1).

...

€ (هادة ٩١٩): يعتبر الثمن في مكان العقد وزمنه لا في زمن الإيفاء.

يعتبر البلد الذي جرى فيه البيع، لا بلد المتبايعين، فإن باع عينًا من رجل بأصفهان بكذا من الدنانير، فلم ينقد الثمن حتى وجد المشتري ببخارى، يجب عليه الثمن بعيار أصفهان، فيعتبر مكان العقد.

قال ابن عابدين: وتظهر ثمرة ذلك إذا كانت مالية الدينار مختلفة في البلدين، وتوافق الماقدان على أخذ قيمة الدينار؛ لفقده أو كساده في البلدة الأخرى، فليس للبائع أن يلزمه بأخذ قيمته المينار؛ لفقده أو كساده في البلدة الأخرى، فليس للبائع أن يلزمه بأخذ مكان المعتد قال به المالكية والشافعية في الأصح عندهم، وكما يعتبر مكان العقد يعتبر زمنه أيضًا، فلا يعتبر زمن الإيفاء؛ لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد، وفي البحر عن شرح المجمع: لو باعه إلى أجل معين، وشرط أن يعطيه المشتري أي نقد يروج يومغذ كان البيم فاسدًا ".

^{**}

⁽١) انظر مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر (مادة ٢٤٢) : ٢٢٣/١.

⁽٢) البحر الرائق: ٥/ ٣٠٣، رد المحتار: ٤/ ٥٣٦، مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ١٧، المدونة: ٤/ ٢٢٢.

 (مادة ٤٢٠): يصح البيع بثمن حالً ومؤجل إلى أجل معلوم، طويلًا كان أو قصيرًا،
 ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إلى أقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة، ويجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف القسط في ميعاده يتحجل كل الثمن.

يجوز البيع بثمن حالً ومؤجل إذا كان الأجل معلومًا؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿ وَأَشَّلُهُمْ أَلَهُ أَلْبَيْعٌ ﴾ [البقر: ٢٧٥] وعنه - عليه الصلاة والسلام - « أنه اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل معلوم ورهنه درعه »، ولا بد أن يكون الأجل معلومًا؛ لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه به في قريب المدة، وهذا يسلمه في بعيدها".

وهذا يتغق مع ما ورد في المادة (١٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

 يكون البيع بثمن حالً ، ويجوز بثمن مؤجل إلى أجل معلوم إذا كان الثمن ديئًا ، أو بخلاف جنس المبيم ، ولم يجمعهما قدر ؟.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن الأصل في الثمن أن يكون حالًا؛ لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه والأجل لا يثبت إلا بالشرط، وقيد بالثمن لأن تأجيل المبيع المعين لا يجوز ويفسده (بحر).

والثمن قد يكون نقودًا، أو سلمًا، أو مقدرات، ويلاحظ أن كلَّا من التقدين ثمن أبدًا، وكل من المكيل والموزون والعددي المتقارب إن قوبل بأي النقدين كان مبيمًا، أو قوبل بمين، فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب متعينًا كان مبيمًا أيضًا، وإن كان غير معين فإن دخل عليه حرف الباء مثل: اشتريت هذا الشيء بكيله حنطة كان ثمنًا، وإن استعمل استعمال المبيع كان سلمًا، مثل: اشتريت منك كيلة حنطة بهذا القدر من المال، فلا بد من رعاية شرائط السلم (غرر الأذكار).

وكما يصح المبيع بالثمن الحال يصح بالثمن المؤجل، بشرط أن يكون الأجل معلومًا؛ لأن جهالة الأجل تفضي إلى النزاع في التسلم والتسليم، وأن يكون اليم بثمن دين، فلو بعين فسد (فتح)، والمراد بالدين: ما يصح أن يثبت في الذمة سواء كان نقدًا أو غيره، وبالعين ما قابله، وأن يكون البيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر، أو كان بخلاف جنسه وجمعهما قدر، فإنه لا يصح التأجيل؛ لما فيه من ربا النسيئة".

⁽١) العناية في شرح الهداية: ٦/٢٦٢.

⁽٢) مشروع تُقنين الديعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيقة النعيان المادة (١٥) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية عن: ١٠، ١١.

(مادة ٤٢١): يعتبر ابتداء الأجل من وقت تسليم المبيع في بيع لا خيار فيه بثمن مؤجل،
 لا من وقت العقد إذا كانت مدة الأجل منكرة لا معينة، فلو فيه خيار فمذ سقوط الخيار.

وللمشتري بثمن مؤجل إلى سنة منكرة أجل سنة ثانية مذ تسلم؛ لمنع البائع السلمة عن المشتري سنة الأجل المنكرة، فلو معينة أو لم يمتنع البائع من النسليم فلا يثبت له الأجل في غيره.

شرع التأجيل في الثمن نظرًا للمشتري؛ ليتنفع بالمبيع في الحال مع تأخير المطالبة بالثمن، ولن يحصل هذا الغرض له إلا أن يكون اعتبار الأجل من وقت قبض المبيع، فكان هذا تأجيلًا من هذا الوقت دلالة، بخلاف ما إذا عين الأجل؛ لأنه نص على تعيته فوجب اعتبار المنصوص عليه؛ إذ لا دلالة مع النص بخلافها، ولو كان في البيع خيار الشرط لهما، أو لأحدهما، والأجل مطلق فابتداء الأجل من حين وجوب العقد، وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده؛ لأن تأجيل الثمن هو تأخيره عن وقت وجوبه، ووقت وجوبه هو وقت وجوب العقد وانبرامه، لا قبله؛ إذ لا وجوب للثمن قبله (١٠).

ولو باع بشمن مؤجل فلم يقبض المشتري المبيع حتى حلَّ الأجل، هل له أجل آخر في المستقبل؟ ينظر إن ذكرا أجلاً مطلقاً بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الثمن حال، وليس له أجل آخر، وإن ذكرا أجلاً بعينه بأن باعه إلى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار النمز حالاً بالإجماع?".

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١٩) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان (الطبعة التمهيدية)، والتي تنص على ما يلي: « يبدأ الأجل من وقت تسليم المبيع إذا كان البيع باتًا، وإن كان بالخيار وقت سقوط الخيار:

١ - إذا كان البيع باتًّا، ومدة الأجل إما أن تكون: منكرة، أو معينة.

فإن كانت منكرة ومنع البائع السلعة عن المشتري كان للمشتري مدة أخرى من وقت تسلم المبيع؛ تحصيلًا لفائدة التأجيل، وهي التصرف في المبيع وإيفاء الثمن من ربحه مثلًا، أما إذا كانت المدة معينة فليس للمشتري الحق في طلب مدة أخرى؛ لأنه لما عين الأجل تعين حقه فيما عين، فلا يثبت في غيره.

⁽١) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٥٠.

⁽٢) المرجع السابق : ٥/ ٢٤٩.

٧٨٠ ---- البيوع: شروط المبيع وكيفية بيعه

وكذلك الحكم إذا لم يمنع البائع السلعة عن المشتري، وهذا بالاتفاق؛ لأن الإهمال من المشتري.

إن كان البيع بالخيار، فابتداء الأجل عند أبي حنيفة يكون من وقت سقوط الخيار؛
 لأن ذلك وقت استقرار البيع(١).

...

♦ (مادة ٤٢٢): لا يحل الأجل بمؤت البائع ويحل بموت المشترى(٢).

جاء في شرح المجمع: لو مات البائع لا يبطل الأجل ، ولو مات المشتري حل المال؛ لأن فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل .

وهذا يتفق مع المادة (۱۸) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة التي تنص على ما يلي: « يبطل الأجل بموت المشتري لا البائع »، ومعناها أن: التأجيل لصالح المشتري، وفائدته أن: المدين قد يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات المشتري تعين المتروك من أمواله لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل، ولو مات البائع لا يبطل الأجل"؟.

(مادة ٤٣٣): البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلاً، ويدفع في الحال، إلا إذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلًا أو مقسطًا بأجل معلوم(١٠٠، فإن كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادة الجارية(١٠٠).

المبيع المطلق ينعقد معجدًا، أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجدًا أو مقسطًا بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل، متلًا: لو اشترى رجل من السوق شيئًا بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه أداء الثمن في الحال، أما إذا جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه بعد أسبوع

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النميان المادة (١٩) الطبعة التمهيدية، بجمع البحوث الإسلامية ص : ٢٥، ٦١.

⁽٢) جاء في الفتاوي الهندية: ٦/ ١٢٢.

 ⁽٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإسام أبي حنيفة النمان المادة (١٨) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية ص: ١٥.

⁽٤) هذه المادة تتفق مع المادة (٢٣٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٥) دليله في الأشباه من القاعدة الثالثة: « العادة عكمة ».

أو شهر لزم اتباع العادة والعرف في ذلك إذا كان البيع مطلقاً، أي لم يذكر فيه تأجيل الثمن أو تعجيله، فالبيع ينعقد على أن الثمن معجل؛ لأن مقتضى البيع أن يكون الثمن معجلًا، وإنما يثبت الأجل بالشرط، أما إذا كان العرف في بلد تأجيل الثمن إلى وقت معلوم فالبيع ينصرف إلى ذلك؛ لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

وإذا اختلف المتعاقدان في تأجيل الثمن فقال البائع: إنه معجل، وقال المشتري: إنه مؤجل، فالقول للبائع؛ لأن الأصل عدم الأجل، والبينة على المشتري؛ لأن دعواه خلاف الظاهر، والسنة شرعت لإثبات خلاف الظاهر.

أما في بيع السلم فالقول لمدعي الأجل؛ لأن نافي الأجل مدع لفساد بيع السلم، ومدعي الأجل مدع لصحة السلم، فكان القول لمدعي الصحة، وإذا كان الخلاف في مقدار الأجل فالقول لمدعى الأقل؛ لأنه يكون منكرًا للزيادة.

مثال ذلك: إذا قال البائع: بعت مؤجلًا إلى شهر، فقال المشتري: بل إلى شهرين، فالقول للبائع، وإذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة المشتري؛ لأن بينة البائع أثبتت الظاهر، والبينة قد شرعت للإثبات.

وإذا اتفق الطرفان على مقدار الأجل لكن اختلفا في مرور الأجل فالقول للمشتري؛ لأن المشتري منكر لمرور الأجل؛ فإذا ادعى البائع قائلاً: بعت هذا المال قبل شهرين على أن يكون الثمن مؤجلاً إلى انقضاء شهرين، وقد مر الأجل فأطلب أن يدفع لي المشتري الشمن، فقال المشتري: نعم قد اشتريت المال على أن يكون ثمنه مؤجلاً إلى شهرين، لكن لم يمض على ذلك إلا شهر واحد فالقول هنا للمشتري، وإذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة المدعي؛ لأن بقاء الأجل أصل لاتفاق الطرفين على وجود الأجل، وعلى هذا يجب أن يكون القول للمشتري في مرور الأجل كما يكون القول له من وجه آخر؛ لأنه ينكر توجه الثمن عليه في الحال، فلهذين السبين كان القول في ذلك للمشتري(").

وتنفق هذه المادة مع المادة (٤٢٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية⁽⁽⁾⁾، ونصها: 9 يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يتم فيه البيع، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ⁽¹⁾.

⁽١) شرح مجلة الأحكام العدلية : ١/ ٢٣٢ المادة (٢٥٦).

⁽٢) انظرَ المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٤٢٣).

⁽٣) تفقّ هذه المادة في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة (٥٧ ق) من القانون الملتي المصري، التي تنص عل أنه: • يكون الثمن مستحق الوفاه في الوقت الذي يسلم فيه الميع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ٤.

(مادة ٤٣٤): يجوز للبائع أن يتصرف في الثمن قبل قبضه، وأن يحيل غريمه به على البائع، سواء كان يتمين بالتميين أم لا، إنما إذا كان الثمن دينًا فالتصرف فيه بغير الحوالة لا يكون إلا بتمليكه لمن عليه الدين لا لغيره.

للبائع أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض، مثلاً: لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يتصرف بثمن دائته، يعني يحق للبائع قبل أن يقبض ثمن المبيع من المشتري أن يتصرف بهذا الثمن بيمًا وهبة ووصية وحوالة وما أشبه ذلك، سواء أكان الثمن المذكور من النقود التعين بالتعيين، أم كان معا يتعين بالتعيين، كالمكيلات وغيرها من المثليات، فإذا كان ثمن المبيع عبنًا كالمكيلات والمتود المعينة فللبائع أن يبعها أو يهبها أو يوصي بها للمشتري وغيره، كما أن له إذا كان الثمن بنا كتفود غير معينة أو مكيات أو يوونات أن يمكله المشتري بعوض أو بغير عوض، بشرط ألا يكون افتراقاً عن دين، أي: ألا يكون ذلك بيع الدين بالدين؛ لأن الملك المجيز للتصرف ثابت، وبهلاكه يتنفي غرر الانفساخ؛ لأن الثمن نقداً، فإن عدم غرر الانفساخ الشمن ليس أصلاً في البيع، فبهلاكه لا يفسخ إذا كان الثمن نقداً، فإن عدم غرر الانفساخ والموزونات والعدديات المتقاربة، فلأن هذه مبيع من وجه وثمن من وجه آخر، فرجحت جهة الثمن في التصرف تبسيرًا وتسهيلًا.

ولذلك فإنه إذا ياع مالاً بخمسين كيلة حنطة معلومة مشارًا إليها، فله قبل أن يقبض الخمسين كيلة أن يبيمها من المشتري وغيره، وأن يشتري بها من المشتري مالاً معلومًا، وإذا كان ثمن المبيع أربعة وخمسين ريالاً مجيديًّا فللبائع أن يقبض من المشتري مقابل هذا الثمن عشر لد أت.

وكذا فإن للدائن أن يهب أو يتصدق أو يوصي للمشتري بثمن المبيع الثابت له في ذمة

⁼ وتقابل المادة (٥٧٥) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

١ - ١ البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلًا.

٢ - ويجبّ على المشتري أن ينقد الثمن أولًا في بيع سلّعة بنقد إن أحضّرُ البائع السّلعة، أما إذا بيعت سلعة بعثلها أو نقود بعثلها، فيسلم المبيع والثمن ممّا ٤.

وتقابل المادة (٢٣٧) من التقنين الأردني، ونصها أن: « على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولًا وقبل تسليم المبيع أو المثالة به، ما لم يتفق على غير ذلك ».

و تقابل المادة (٠٠٠ /) من التقنين الكويتي التي تنص على أنه: • يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقفني بغر ذلك ».

وتنفق مع المادة (٣٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة.

المشتري، فيملك المشتري الثمن بمجرد الهية أو التصدق، ولا يحتاج ذلك إلى القبض، كما يجوز للبائع أن يهب الثمن الذي له في ذمة المشتري لغير المشتري، وأن يوكله بقبضه، ولا يجوز تعليك الدين لغير المدين، وكذلك بدل المغصوب والقرض والأجرة من الديون السائرة يجوز تعليكه للمدين بعوض ويغير عوض().

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (20) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: " يصح التصرف في الثمن قبل قبضه إذا لم يكن ديناً في الذمة، فإن كان جاز تعليكه من المشترى دون غيره. ؟

ويثبت في الذمة دينًا عند المقابلة، وهو النقدان، والمثليات إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان، أو غير معينة وصحبها حرف الباه.

والثمن تارة يكون حاضرًا؛ كما إذا اشترى الدابة بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهية أو غيرها من المشتري وغيره، وتارة يكون ديئًا في الذمة كما إذا اشترى الدابة بعشرة دراهم في الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشتري فقط؛ لأنه تمليك الدين، ولا يصبح إلا ممن هو عليه"!

**

● (مادة ٤٣٥): إذا اشترط المتيابعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام فلائة أيام فلا بيع، بينهما صح البيع والشرط، فإن أدى المشتري الثمن في المدة المعينة لزم البيع، وإن لم يؤده في المدة المعينة أو مات في أثنائها قبل أداء الثمن فسد البيع، "".

إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا، وإن لم يؤده فلا بعع بينهما صح السيع، وهذا يقال له: خيار النقد، وكما يجوز للمشتري اشتراط خيار النقد يجوز ذلك للبائع أشًا.

والبيع بخيار النقد يكون مشروطًا فيه إقالة فاسدة معلقة على شرط، وبما أن الإقالة الصحيحة التي يشترط فيها البيع فاسدة، فيكون البيع الذي تشترط فيه الإقالة الفاسدة فاسدًا بطريق الأولى، فالقياس يوجب عدم جواز البيع الذي يشترط فيه خيار النقد، إلا أنه جوز

⁽١) مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر المادة (٢٥٢): ١/ ٢٣٤، ٢٣٥.

⁽٢) مشروع تقنيزُ الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعيان المادة (٤٥) الطبعة التمهيدية، بجمع البحوث الإسلامية.

⁽٣) قوله: أو مات أي المشتري في أثنائها ... إلغ، هذا عل خلاف ما في شرح الدر من خيار الشرط، إلا أنه في رد المحتار ذكر: أنه بحث لصاحب النهر، ونقل في شرح البيري عن خزانة الأكمل: بطلان العقد بذلك.

٧٨١ ---- البيوع: شروط المبيع وكيفية بيعه

استحسانًا، ووجه الاستحسان الاحتراز من مماطلة المشتري؛ لأن المشتري إن لم يدفع الثمن فالحاجة تمس إلى فسخ البيع.

ومقتضى هذه المادة: أنه إذا عقد البيع بخيار النقد فللمشتري دفع الثمن وإمضاه البيع، أو فسخ البيع وعدم دفع الثمن، فيكون الخيار ثابتًا للمشتري مع أن الذي ينتفع من الخيار إنما هو البائم.

ويجب تعيين المدة في هذا الخيار، سواء أكانت تلك المدة يومين أم ثلاثة أم أكثر، فإذا لم تبين مدة الخيار مطلقًا؛ كأن يعقد اليع على شرط أنه إذا لم يؤد الثمن بين البائع والمشتري بيم، أو ذكرت مدة غير مجهولة، كأن يكون الخيار بضعة أيام فالييم يكون فاسلةًا (".

⁽١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٣١٣).

باب: في حكم البيع

● (مادة ٤٢٦): حكم البيع المنعقد صحيحًا لازمًا أن يثبت في الحال ملك العبيع للمشتري وملك العبيع للمشتري وملك العبيع للمشتري ولورثه إن مات قبل قبضه، سواء كان المبيع منقولًا أو عقارًا أو عقارًا أو جزءًا شاتمًا من المنقول أو العقار أو حقًا من حقوقه.

البيع الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه مماً، بحيث يكون مستجمماً الأركانه وأوصافه، فيترتب عليه أثره المقصود منه، كبيع العاقل البالغ المال المتقوم الموجود القابل للتسليم بإيجاب وقبول معتبرين شرعًا، فإنه يترتب عليه أثره من نقل ملكية المبيع للمشتري ونقل ملكية الثمن للبائع، وكالإجارة للانتفاع بعين موجودة انتفاعًا مشروعًا، فيترتب عليها أثرها المقصود منها من نقل الانتفاع إلى المستأجر والأجرة إلى المؤجر، وهكذا في سائر المقود إذا لم يقم خلل في أركانها أو شروطها(").

وحكم البيع المنعقد الملكية يعني صيرورة المشتري مالكًا للمبيع، والباتع مالكًا للشمن، أي إن الحكم الأصلي لأنواع البيع وصوره المختلفة ملكية البدلين، وهذه الملكية عبارة عن المقدرة ابتداء على التصرف، ما لم يكن مانع، ويحترز بقيد: « ابتداء » عن قدرة الوكيل والوصي والمتولي، وبقيد: « ما لم يكن مانع » المبيع المنقول قبل القبض؛ لأن المشتري وإن كان مالكًا المبيع قبل القبض فهو بعدم القبض غير مقتدر على التصرف.

والحاصل: أن المشتري يملك المبيع والبائع يملك الثمن حالًا في البيع الباتٌ، وبعد الإجازة في البيع الموقوف، أي إن ملكية المبيع تنتقل للمشتري، وملكية الثمن تنتقل للبائم''.

(مادة ٤٢٧): يترتب على عقد البيع الصحيح اللازم أمور:

الأول: إلزام المشتري بدفع الثمن إن كان المبيع حاضرًا والثمن من النقود، وتأديته حالًا إن كان حالًا أو عند حلول الأجل إن كان مؤجلًا.

الثاني: إلزام البائع بعد قبضه الثمن الحال بتسليم المبيع للمشتري، فلو كان الثمن مؤجلًا ولو بعد العقد ألزم البائع بتسليم المبيع قبل قبضه الثمن.

 ⁽١) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٣٠/ ٢٣٥، ٣٠٦.
 (٢) شرح مجلة الأحكام : ١/ ٢٩٣.

٧٨٦ ---- اليوع: حكم اليم

الثالث: ضمان البائع الثمن للمشتري إن استحق المبيع ببينة أو إقرار المتعاقدين، أو هلك في يد البائع، أو استهلك بغير فعل المشتري، أو بفعل أجنبي واختار المشتري فسخ البيع.

الرابع: ضمان المشتري ثمن المبيع إذا قبضه قبل دفع الثمن.

والبيع الصحيح هو البيع الجائز المشروع ذاتًا ووصفًا.

يفيد البيع الصحيح الملكية حتى قبل القبض، أي بمجرد حصول هذا البيع يصبح المشتري مالكًا للمبيع، كما أن البائع يصبح مالكًا للثمن ولو لم يحصل القبض.

وقد عرفت الكتب الفقهية البيع الصحيح بأنه: ﴿ مَا كَانَ مَشْرُوعًا بأَصَلُهُ ووصفه ﴾.

وعرف علماء الأصول الصحة في العقد بأنها و وأن يكون الفعل موصلاً للمقصود الدنيوي على الوجه اللائق ، أي بأن يكون في العبادات مفرغًا ومخلصًا للذمة، وفي المعاملات موصلاً للاختصاصات الشرعية، مثل الأغراض التي تترتب بالعقود والفسوخ، فتعريف الأصوليين هذا يجري حكمه في الإجارة، والكفالة، والحوالة، والهبة، وسائر المعاملات الشرعية، ويجري كذلك في جميع العبادات، ويدخل في تعريف البيع الصحيح البيع النافذ والبيع الموقوف غير الفاسد؛ لأنهما من أقسامه (١٠).

...

♦ (عادة ٢٦٨): إذا انعقد البيع موقوفًا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليًا باع ملك غيره بلا إذنه، أو كان العاقد صبيًّا معيرًا أو صبية كذلك، فلا يفيد ملك المبيع للمشتري، ولا ملك الثمن لصاحب العبيع، إلا إذا أجازه العالف في الصورة الأولى، والولي أو الوصي في الصورة الثانية، ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة.

البيع الموقوف غير النافذ هو: ما يكون مشروعًا بأصله ووصفه، ويفيد الحكم على سبيل التوقف لأجل أغيره، كبيع مال الغير، ويسمى البائع حينتل فضوليًا؛ لتصرفه في حق غيره بغير إذن شرعي، فعن باع ملك غيره يكون البيع موقوقًا على إجازة المالك، إن شاء رده، وإن شاء أجازه إذا كان المبيع والمتبايعان بحالهم، والبيع الموقوف يبع صحيح عند الحنفية والمالكية، وهو قول عند الشافعية والحنابلة؛ لصدوره من أهله في محله، وبساطل عند الشافعية في الصحيح، وهو رواية أخرى عند الحنابلة لعدم الملك والولاية".

وعند الشافعي: لا ينعقد؛ لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية فيلغو؛ لأنها ثبتت بالملك

⁽١) مجنة الأحكام: ١/ ١٠٦. (٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٩/ ٩٩.

بيوع: حكم اليع ______ ٨٧/

أو بإذن المالك، وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، وللأحناف ومن وافقهم أنه تصرف تمليك، وقد صدر من أهله العاقل البالغ في محله(١٠).

و يتفق هذا مع المادة (١٥٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

« بيع مال الغير لحساب مالكه موقوف على إجازته إذا كان بالغًا عاقلًا ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه إذا يبع مال الغير لحساب مالكه ينعقد البيع ويوقف، ولا ينفذ إلا بعد الإجازة من المالك إذا كان بالفًا عاقلًا، فلو كان صغيرًا أو مجنونًا لم ينعقد البيع أصلًا، وهذا إن باعه على أنه ملك مالكه، أما لو باعه على أنه لنفسه أي لحسابه، أو باعه من نفسه * اشتراه " أو شرط الخيار فيه مدة معلومة لمالكه، أو باع عرضًا من غاصب عرض آخر للمالك بهذا العرض الآخر المغصوب فالبيع باطل.

وجاء في المادة (١٥٥) من هذا التقنين نفسه أنه: « يتوقف بيع الصبي المحجور وبيع المعتوء على إجازة الولي ».

ومعناها: أنه يتوقف بيع الصبي المحجور على إجازة الولي، وكذلك المعتوه أي حكمه في البيع كحكم الصبي المحجور؛ وذلك لنقصان الأهلية فيهما ٢٠٠٠.

...

(مادة ٤٢٩): إذا انعقد البيع نافذًا غير لازم بأن كان فيه خيار شرط للبائع وحده، فلا يعخرج
 المبيع عن ملكه إلى ملك المشتري، إلا إذا أجاز البائع البيع في مدة الخيار قولًا أو فعلًا،
 صراحة أو دلالة، أو مضت المدة بدون فسيخ أو مات في أثناء المدة.

وكذلك إذا كان الخيار للباتع والمشتري ممّا، فلا ينتقل المبيع إلى ملك المشتري ولا الثمن إلى ملك الباتع، إلا إذا أجازه المشتري في المدة إجازة معتبرة لم يسبقها ولم يلحقها فسخ من الباتع، أو مضت المدة، أو مات المشتري في أثنائها، كما لو كان الخيار له وحده.

شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع من ملكه، بل يبقى معدودًا من جملة أمواله، فإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه لا يلزمه الثمن المسمى، بل يلزمه أداء قيمته للبائع يوم قبضه، أما إذا كان الخيار للبائع فقط ففي ذلك أربعة أحكام، ما دامت مدة الخيار باقية، سواء أكان البيم صحيحًا أم فاسدًا، وهي:

⁽١) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق: ٦/ ١٦٠.

⁽٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ص: ٢٣٠، ٢٣١.

١ – لا يخرج المبيع من ملك البائع؛ لأن البع إنما يتم برضاء الطرفين، واشتراط البائع الخيار لنفسه يفيد عدم رضائه بخروج المبيع من ملكه، فيمتنع بذلك نفاذ البيع في حقه، فإذا تصرف في المبيع فتصرفه يكون نافذًا إذا كان المبيع في يده، أما إذا أذن البائع للمشتري بقيض المبيع فليس له بعد ذلك أن يتصرف فيه.

٧ - إذا وقع البيع صحيحًا أو فاسدًا على الوجه المذكور، أي بأن شرط فيه الخيار للبائع فقط، وتلف المبيع في يد المشتري بعد القيض، سواء أكان ذلك القبض بإذن البائع أم بدون إذنه في مدة الخيار مع بقاء الخيار، أو بعد فسخ البيع، فيما أنه قد أصبح البيع منفسخًا والإجازة غير ممكنة فلا يلزم المشتري أداء الثمن المسمى، بل تلزمه قيمة المبيع يوم قبضه للبائع إذا كان من القيميات، أو مثله إذا كان من المثلبات، كالمال المقبوض بسوم الشراء، ولو شرط المشتري لنفسه عدم الضمان؛ لأن البيع لما كان موقوفًا عُدَّ لتعذر نفاذه بتلف المبيع مقبوضًا المراء.

٣ - إذا باع البائع مالًا من آخر وشرط الخيار لنفسه وسلم المبيع بعد قبض الثمن، ثم فسخ البائع البيع في مدة الخيار، فللمشتري حبس المبيع إلى أن يسترد الثمن ويستوفيه.

٤ - إذا وقع البيع على هذا الوجه؛ أي بشرط الخيار للبائع فقط يخرج الثمن من ملك المشتري بالاتفاق، ولا يدخل على قول أبي حنيفة في ملك البائع، بخلاف قول الإمامين(١٠).

...

♦ (مادة ٤٣٠): إذا هلك المبيع بخيار الشرط في مدة الخيار بعد تسليمه للمشتري، فإن كان الخيار للباتع بطل البيع ويلزم المشتري القيمة يوم قبضه بالفة ما بلغت، وإن كان الخيار للمشتري وهلك في يده فلا يبطل البيع، ويلزمه الثمن المسمى كتمبيه في يده بعيب لا يرتفع، سواء كان بفعل المشتري أو بفعل أجني أو بأقة سماوية أو بفعل المبيع.

إذا تلف البيع بعد القبض فهناك ثماني صور:

١ - إذا تلف المبيع وهو في يد البائع ولا يلزم المشتري شيء، وكذلك لا يترتب على المشتري في البيع بالخيار حكم، ولا يلزمه شيء، حتى ولو سلم البائع المال المبيع إلى المشتري، والمشتري، أودعه المال المذكور في أثناء مدة الخيار وتلف في يده، وعلى ذلك فلو باع إنسان مالين من آخر وشرط في البيع الخيار لنفسه، وتلف أحد المالين في يده قبل النسليم، فليس له أن يجيز البيع بدون رضاء المشتري.

⁽١) شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر: ١/ ٢٩٩، ٣٠٠.

٢ - تلفه قبل القبض بإتلاف المشتري إياه.

٣ - تلفه قبل القبض بإتلاف أجنبي إياه، ففي هاتين الصورتين يكون البائع مخيرًا، فله فسخ البع وتضمين المشتري أو الأجنبي إياه، وله إجازة البع، فإذا أجاز البع وكان الأجنبي هو الذي أتلف المبيع يكون المشتري مخيرًا في تضمين البائم أو الأجنبي لو أتلفه في يد البائم.

٤ - تلفه قبل القبض بإتلاف البائع إياه، والحكم فيه انفساخ البيع.

٥ - تلف المبيع بنفسه بعد القبض وقد مرَّ الحكم فيه.

 تلفه بعد القبض بإتلاف المشتري إياه، وكان البيع مشروطًا فيه الخيار للبائع، فله أن يجيز البيع ويأخذ الثمن من المشتري، وله فسخ البيع وتضمين المشتري.

٧ - تلف المبيع الذي شرط فيه الخيار للبائع بعد تسليمه إلى المشتري بإتلاف أجنبي
 إياه، فالبائع مخير بين أن يجيز البيع ويأخذ ثمن المبيع من المشتري، وللمشتري تضمين
 المتلف المبيع، وله أن يفسخ البيع ويضمن المتلف الأجنبي المبيع.

 ٨ - تلف المبيع بعد القبض بإتلاف البائع إياه، وهنا ينفسخ البيع ولا يترتب شيء على المشترى.

(مادة ٤٣١) (٢٠: إذا وقع البيع فاسدًا فلا يملك المشتري العبيع إلا إذا قبضه برضا باتعه،
 وإذا تعذر رَدُّه ضمته بمثله لو مثليًّا وإلا فبقيمته يوم قبضه.

والبيع الفاسد هو: ما يكون مشروعًا أصلًا لا وصفًا.

والمراد بالأصل: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه.

وبالوصف: ما عدا ذلك.

وهذا اصطلاح الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل، فالبيع الفاسد عندهم مرتبة بين البيع الصحيح والبيع الباطل، ولهذا يفيد الحكم إذا اتصل به القبض، لكنه مطلوب التفاسخ شرعًا.

أما جمهور الفقهاء: فالفاسد والباطل عندهم سيان، فكما أن البيع الباطل لا يفيد الحكم فكذلك الفاسد لا أثر له عندهم، وهذا في الجملة، إلا أن بعض الشافعية وافقوا الحنفية في الفرق بين الفاسد والباطل؛ حيث قالوا: إن رجع الخلل إلى ركن العقد فالبيع باطل،

⁽١) هذه المادة ساقطة من طبعة الفرجاني وتم اثباتها من طبعة نظارة المعارف.

٧٩٠ البيوع: حكم البيع

وإن رجع إلى شرطه ففاسد.

واتفق الحنفية على أن حصول الملك بالقبض في البيع الفاسد في مقابل قيمة المبيع، لا الثمن المسمى الذي اتفق عليه الطرفان؛ وذلك لأن العقد منهى عنه، والتسمية فاسدة فلا يجب المسمى، والمعتبر في القيمة يوم القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويوم الإتلاف عند محمد.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (۱۳۷) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

١ - د حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المبيع للمشتري إلا بعد القبض برضا البائع.

٢ - ويملكه بمثله إن كان مثليًّا وبقيمته إن كان قيميًّا.

٣ - وعلى كل من المتعاقدين فسخه قبل القبض وبعده إذا كان قائمًا بيد المشتري.

٤ - ولا يتوقف الفسخ على القضاء إلا إذا أصرَّ أحدهما على إمساكه ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المشتري للمبيع إلا بعد قبضه له برضا البائع، صريحًا بأن أمره بالقبض، أو دلالة بأن قبضه في مجلس العقد ولم ينهه البائع عن قبضه، ولم يكن في البيع خيار شرط.

فإذا هلك المبيع بعد قبضه أو تعذر رده فإنه يملكه بمثله إن كان مثليًّا، فإن انقطع المثل فيقيمته يوم الخصومة.

وإن كان المبيع قيميًّا يملكه بقيمته يوم قبضه إلا في بيع الهازل، و شراء الأب من مال طفله كذلك فإنه لا يملكه حتى يستعمله؛ لأن قبض الأب حاصل فلا يد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث.

وإذا ملكه تثبت جميع أحكام الملك، إلا أنه لا شفعة فيه ولا به لو كان عقارًا؛ لأن حق الباتع لم ينقطع؛ لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفيًا للفساد، وإنما ملكه بالمثل أو القيمة حالة ملاكه، أو تعذر رده؛ لأنه إذا كان قائمًا بحاله وجب رد عينه، وإنما وجبت القيمة يوم قبضه؛ لأنه دخل به في ضمانه، فلا تعتبر زيادة قميته كالمفصوب.

وبجب على كل من البائع والمشتري فسخ البيع الفاسد قبل القبض أو بعده، ما دام المبيع بحاله في يد المشترى ولم يتغير؛ لأن الفساد معصية يجب رفعها(١٠).

⁽۱) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (۱۳۷) الطبعة النمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية صر : ۲۱۳٬۲۱۲.

ابيوع: حكم البيع ______ ٧٩١

 (مادة ٤٣٦): إذا وقع البيع باطلاً فلا ينعقد أصلاً، وإذا قبض المشتري المبيع فلا يكون مالكًا له، وإن هلك في بده ضمن مثله إن وجد أو قبمته.

البيع الباطل هو: ما لم يشرع بأصله لا بوصفه، فهو: كل ما أورث خللاً في ركن البيع أو محله، والمراد بركن البيع الرضا، ويستدل عليه بالإيجاب والقبول أو التماطي، والمراد بمحله المبيع، فالبيع بالميتة حتف أنفها والدم باطل لوجود خلل في العقد؛ لأن هذه الأشياء لا تعد مألاً عند أحد ممن له دين سماوي (١٠) وإذا وقع البيع باطلاً وحدث فيه تسليم شيء من أحد الطرفين وجب رده؛ لأن البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض، ويجب على كل من الطرفين رد ما أخذه إن كان باتبًا، وهذا باتفاق.

يقول ابن رشد: اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تَفُت، حكمها الرد، أي أن يرد البائع الشمن، ويرد المشتري المثمون، ورد المبيع يكون مع نماته المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده، وإن نقص ضمن نقصه؛ لأنه مضمون عليه، فأجزاؤها تكون مضمونة أيضًا، صرح بهذا الشافعية والحنابلة، وهو ما تفيده قواعد المذهب الحنفي، أما عند المالكية فإن تغير الذات بزيادة أو نقص يعتبر فوتًا ينتقل الحق فيه إلى الضمان بالتصوف في المبيع"،

و يتفق هذا مع ما ورد في المادة (١١٠) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

لا يترتب على البيع الباطل ثبوت ملك التصرف للمشتري، فإذا هلك المبيع في يده
 بلا تعد لا يضمنه ٤.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن البيع إذا وقع باطلًا لا يفيد ملك التصرف وإن اتصل به القبض، فلو هلك المبيع عند المشتري بلا تعد لا يضمنه؛ لأنه أمانة في يده، وذلك لأن العقد قد بطل، وإذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي (درر).

وقيل: يكون مضمونًا؛ لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء، وهو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن، كأن يقول: اذهب بهذا فإذا رضيت به اشتريته بما ذكر.

وفي النهر: واختار السرخسي وغيره، أنه يكون مضمونًا بالمثل أو بالقيمة؛ لأنه لا يكون

⁽١) ابن عابدين : ٤/ ١٠٥ ، فتح القدير : ٥/ ١٨٥.

⁽٢) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٩/ ٥٥.

أدنى حالًا من المقبوض على سوم الشراء؛ لوجود صورة العلة دون المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الأثمة الثلاثة، وفي القنية: أنه الصحيح؛ لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب، قبل: وعليه الفتوى، وعدم الضمان قول أبي حنيفة، ووجوب الضمان قولهما^(١).

(مادة ٤٣٣): البيع الباطل هو ما أورث خللًا في ركن البيع أو في محله، والبيع الفاسد هو ما أورث خللًا في غير الركن والمحل، وبعبارة أخرى: البيع الباطل ما لا يكون مشروعًا أصلًا ولا وصفًا، والبيع الفاسد ما كان مشروعًا أصلًا لا وصفًا™.

يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أنه لا فرق بين البيع الفاسد والبيع الباطل، فهما مترادفان؛ لأن كلًّا من البيع الفاسد والباطل وقع على خلاف ما طلبه الشارع،-ولذلك لم يعتبره، ولم يرتب عليه الأثر الذي رتبه على البيع الصحيح من حصول الملك وحل الانتفاع.

وأسباب فساد البيع هي أسباب بطلانه، وهي ترجع إلى الخلل الواقع في ركن من أركان العقد، أو في شرط من شرائط الصحة، أو لورود النهي عن الوصف الملازم للفعل، أو عن الوصف المجاور عند الحنابلة.

واستدل الجمهور على ذلك بما يأتي:

أ - البيع الباطل أو الفاسد منهي عنه شرعًا، والمنهي عنه يكون حرامًا، والحرام لا يصلح سبًا لترتب الأثر عليه؛ لأن النهي عن التصرف إنما هو لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته.

ب – قال النبي ﷺ: ١ من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد ٢٠٠٥، والبيع المنهي عنه وقع على غير ما أمر به الشارع، فيكون مردودًا، فكأنه لم يوجد.

ج - أجمع سلف الأمة على الاستدلال بالنهي على الفساد، ففهموا فساد الربا من قوله تعالى: ﴿ وَزَوْرًا مَا يَقِيَ مِنَ آلِينًا ﴾ [البقر: ٢٧٨]، وقوله ﷺ: ﴿ لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلًا بعثل ا⁽¹⁾ ونهى ﷺ عن بيع وشرط.

⁽١) حاشية ابن عابدين : ٤/ ١٠٥، فتح القدير : ٥/ ١٨٥.

⁽٢) جاه في رد المحتار على الدر المختار / ٢٠ : المراد بالفاسد الممتوع بحازًا عرفيًّا فيمم الباطل والكروه، وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبمًّا، وكل ما أورث خلاً في ركن اليع فهو مبطل، وما أورثه في غيره فعفسد ٤.

⁽٣) صحيح البخاري : ٢/ ٩٥٩ برقم ٢٥٥٠.

⁽٤) صحيح البخاري : ٢/ ٧٦١ برقم ٢٠٢٨.

أما الحنفية: فإن سبب بطلان البيع عندهم يرجع إلى اختلال ركن البيع أو شرط من شرائط الانعقاد، فإذا تخلف الركن أو شرط من شرائط الانعقاد كان البيع باطألا ولا وجود له؛ لأنه لا وجود للتصرف إلا من الأهل في المحل حقيقة، ويكون العقد فائت المعنى من كل وجه، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتون الانعدام أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبى الذي لا يعقل.

أما اختلال شرط من شرائط الصحة فلا يجعل البيع باطلاً، كما هو عند الجمهور، بل يكون فاسدًا، واستدل الحنفية على ذلك بأن البيع الفاسد مشروع فيفيد الملك في الجملة، والدليل على أنه مشروع بأصله: النصوص العامة المطلقة في باب البيع، من نحو قوله تعالى: ﴿ وَأَشَلَ التَّالُتِيمُ ﴾ [البز: ٢٥٠].

ويلحظ هنا أن بعض الشافعية يسايرون المذهب الحنفي في التفريق بين البيع الباطل والبيع الفاسد، رغم أن القواعد العامة عندهم تخالف ذلك.

جاء في أسنى المطالب: فرق الأصحاب بين الباطل والفاسد، فقالوا: إن رجع الخلل إلى ركن المقد كبيم الصبي فهو باطل، وإن رجم إلى شرطه أو صفته فهو فاسد.

ومع ذلك فإن هناك من البيوع الباطلة ما هو متفق على بطلانها بين المذاهب الأربعة؛ كالبيع الذي حدث خلل في ركته، أو في شرط من شرائط انعقاده، كبيع الميتة والدم والملاقيح والمضامين فهذه متفق على بطلانها.

وهناك من البيوع ما هو مختلف في بطلانه بين المذاهب، وهو ما رجع الخلل فيها لغير ما سبق.

فبيع الفضولي مثلًا صحيح، ولكنه موقوف على الإجازة عند الحنفية والمالكية، وهو باطل في الأصح عند الشافعية والحنابلة، والبيع عند النداء يوم الجمعة باطل عند الحنابلة.

ومثل ذلك يقال في بيع المعاطاة، وبيع الكلب المأذون في اتخاذ، وبيع النجش، وهكذا، ويرجع سبب الاختلاف في الحكم على مثل هذه البيوع بالبطلان أو عدمه إلى الاختلاف في الدليل.

و تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

البيع الباطل: هو ما أورث خللًا في ركن البيع أو محله، والبيع الفاسد: هو كل ما أورث خلكً فيما عدا ركن البيم ومحله.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن البيع الباطل هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، فهو كل ما أورث خللًا في ركن البيع أو محله، والمراد بركن البيع: الرضا، ويستدل عليه بالإيجاب والقبول أو التعاطي، والمراد بمحله: المبيع، فبيع الميتة حتف أنفها والدم باطل لوجود خلل فيه؛ لأن هذه الأشياء لا تعد مالًا عند أحد ممن له دين سماوي.

والبيع الفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه(١).

⁽١) انظر ابن عابدين: ٤/ ١٠٥، وفتح القدير: ٥/ ١٨٥، وانظر مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية المادة (١٠٢).

باب: في تسليم المبيع

الغَصِٰلُ الْأَوَّلُ

فى كيفية التسليم ومكانه ووقته

 (مادة ٤٣٤): التسليم في المبيع هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري، على وجه يتمكن المشتري من قبضه(١) من غير حائل ولا مانع.

التسليم أو القبض معناه عند الحنفية: التخلية أو التخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع والمشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فيجعل البائع مسلمًا للمبيع والمشتري قابضًا له، فكانت التخلية تسليمًا من البائع، والتخلي قبضًا من المستري.

وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع؛ لأن التسليم واجب، ومن عليه الواجب لا بدأن يكون له سبيل الخروج من عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع.

والقبض يتم بطريق التخلية، وهي أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع، أي بأن يكون مفرزًا ولا حائل في حضرة البائم مع الإذن له بالقبض.

فقيض العقار عند الجميع؛ كالأرض وما فيها من بناء ونخل ونحوهما، يكون بالتخلية بين المبيع وبين المشتري وتمكينه من التصرف فيه، وذلك بتسليم المفاتيح إن وجدت بشرط الفراغ من الأمتعة، إن كان شراء العقار للسكن عند الحنفية والمالكية، وقبض المتقول كالأمتعة والأنعام والدواب بحسب العرف الجاري بين الناس عند الإطلاق، فالثوب قبضه باحتيازه، والحيوان بتمشيته من مكانه، وقبض الموزون بوزنه، وقبض المكيل بكيله، إذا بيعا كيلًا ووزنًا.

وزاد المالكية: تفريغه في أرعية المشتري، حتى لو هلك قبل التفريغ في أوعية المشتري كان الضمان على البائع عندهم، وهذا لما روى أبو هريرة هذ أن رسول الله ﷺ قال: * إذا بعت فكل، وإذا ابتعت فاكل (**)، وعن النبي ﷺ أنه * نهى عن بيم الطعام حتى يجري فيه

⁽١) هذه المادة تتفق مع المادة (٤٠٢) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الأسلامية.

⁽٢) صحيح البخاري : ٢/ ٧٤٨.

الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري ١٠١٠.

وإن بيع جزافًا فقبضه نقله عند الحنابلة، وعند الحنفية قبضه بالتخلية.

وتسليم المبيع يحصل بالتخلية، وهو أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري إياه، إذا أذن البائع للمشتري بتسلم المبيع الذي يكون بحضرة المشتري أولاً، ومفرزًا ثانيًا، وغير مشغول بحق الغير ثالثًا، أي بحيث لا يكون مانع و لا حائل بين المشتري وقبض المبيع وأذن له بالتسلم والحالة هذه يحصل التسليم؛ لأن ذلك غاية جهد البائع في تسليم المبيع، والقبض بالفعل عائد إلى المشتري وليس في طاقة البائع".

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في العادة (٣٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يأتي:

 قسليم العبيع أو الثمن يكون بالتخلية على وجه يتمكن معه البائع أو المشتري من القبض بلا مانع ولا حائل ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن: التسليم في المبيع والثمن يكون بالتخلية، وهي قبضٌ حكمًا لو كانت مع القدرة على القبض بلا كلفة، وذلك يختلف بحسب حال المبيع؛ ففي نحو بيع حنطة في بيت مثلًا: مجرد دفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو: دار، فالقدرة على إغلاقها قبض، أي بأن تكون في البلد فيما يظهر، وفي نحو: بقر في مرعى، فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب، فكونه بحيث لو مديده تصل إليه قبض، وفي نحو: فرس أو طير في بيت، إمكان أخذه منه بلا معين قبض.

ويشترط ألا يكون هناك مانع بأن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق الغير، وألا يكون هناك حائل، بأن يكون المبيم في حضرته.

وشَرَطَ صاحب كتاب الأجناس شرطًا ثالثًا، وهو أن يقول: خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله، أو قال: خليت وكان بعيدًا لم يصر قابضًا، والمواد بالبعيد: ما لا يقدر على قبضه بلا كلفة "٠.

وتتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) منَّ مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(١)، ونصها:

⁽١) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣٦٦ برقم ١٠٤٨٠. (٢) مجلة الأحكام العدلية: ١/ ١٥٦ المادة (٣٣٣). (٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النجان المادة (٢٤) الطبعة التمهيدية، بجمع البحوث

الإسلامية.

⁽٤) انظر المادة (٤٠٢) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية =

١ - ١ يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون حائل، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديًّا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة المبيع.

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشترى قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية »(١).

= ص: ۱۳۲.

وتطابق المادتين (٤٧٢ ؛ ٤٧٣) من التقنين الكويتي.

وتتفق في أحكامها مع أحكام المواد (٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠) من المدني العراقي، فالمادة (٥٣٨) من هذا القانون تنص على

١- ١ تسليم المبيع بحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل.

١ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت، يعتبر إذنًا من البائم له في القبض ٩.

و المادة (٥٣٩) من هذا القانون تنص على أنه: ﴿إِذَا كَانِتِ العِينِ المِيعِةِ موجودة تَحْتِ يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة إلى قبض جديد، سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضيان أو يد أمانة ؟. و (المادة ٥٤٠) من هذا القانون تنص على ما يأتي:

١ - ٩ إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى باتعه، أو باعه منه، أو وهبه إياه، أو رهنه له، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض اعتبر المشتري قابضًا للمبيع.

٢ - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع، أو باعه، أو وهبه، أو رهنه، أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد، قام هذا القبض مقام قبض المشترى .

وتقابل المواد (٤٩٤، ٩٥٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨) من القانون المدني الأردني:

(فالمادة ٤٩٤) من هذا القانون تنص على ما يأتي:

١ - ١ يتم تسليم المبيع إما بالفعل، أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه، وعدم وجود مانع يحول

٢ - ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ويختلف باختلاف حاله ٤.

و المادة (٤٩٥) تنص على أنه: ﴿ إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليمًا لم يتفق على خلاف ذلك ٤.

و المادة (٤٩٦) تنص على أنه: ٩ إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلُّما للمبيع في حالة معينة، أو إذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليها اعتبر التسليم قد تم حكماً ٤.

و المادة (٤٩٧) تنص على أنه: (يتم التسليم حكمًا بتسجيل البيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمى ؟.

و المادة (٤٩٨) تنص على ما يأتي:

ا يعتبر التسليم حكميًّا أيضًا:

١ - إذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري.

⁽١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٣٥) من مشر وع القانون المدني المصري.

٢ - إذا أنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة، وإلا اعتبر متسلّمًا فلم يفعل ٩.

۷۹۸ ----- اليوع: تسليم الميع

♦ (مادة ٢٥٠): التخلية قبضٌ حكمًا، وهي تختلف بحسب حال المبيع، فإن كان المبيع عقارًا كدار أو حانوت أو نحوه معالم قُفُل فتسليمه يكون بدفع المفتاح إلى المشتري مع الإنن له بقبضه، كما يكون بالتخلية بين المبيع والمشتري والإنن له باستلامه إن كان المبيع قريبًا عنه. يغتلف القبض باختلاف المبيع؛ فلو اشترى حنطة في بيت، ودفع البائع المفتاح إليه وقلل: خليت بينك وبينها، فهو قبض، وإن دفعه ولم يقل شيئًا لا يكون قبضًا، وإن باع دارًا غائبة فقال: صلمتها إليك فقال: قبضتها، لم يكن قبضًا، وإن كانت قريبة كان قبضًا: وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وإلا فهي بعيدة، وفي جمع النوازل: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه بلا كلفة، وكذا لو اشترى بقرًا في السرح فقال البائع: اذهب واقبض، إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضًا، ولو اشترى ثريًا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان، إن كان حين أمره بقبضه أمكنه ذلك من غير قيام صح التسليم، وإن كان لا يمكنه إلا يقيام لا يصح، ولو اشترى طيرًا أو فرسًا في بيت، وأمره البائع بقبضه ففتح الباب فذهب، إن أمكنه أخذه بلا عون كان قبضًا.

وحاصله: أن التخلية قبض حكمًا لو مع القدرة عليه بلا كلفة، لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع، ففي نحو حنطة في بيت مثلاً، فلدَّفعُ المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو دار فالقدرة على إغلاقها قبض، أي بأن يكون في البلد فيما يظهر، وفي نحو بقر في مرعى، فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب فكونه بحيث لو مديده تصل إليه قبض، وفي نحو فرس أو طير في بيت إمكان أخذه منه بلا معين قبض.

والمراد من قوله: بلا مانع: أن يكون مفرزًا غير مشغول بحق غيره، فلو كان المبيع شاغلًا كالحنطة في جوالق البائع لم يمنعه.

وفي الملتقط: ولو باع دارًا وسلمها إلى المشتري، وله فيها متاع قليل أو كثير لا يكون تسليمًا حتى يسلمها فارغة، وكذا لو باع أرضًا وفيها زرع.

وفي البحر عن القنية: لو باع حنطة في سنبلها فسلمها كذلك لم يصح كقطن في فراش، ويصح تسليم ثمار الأشجار وهي عليها بالتخلية، إن كانت متصلة بملك البائم، وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح، وصار المتاع وديعة عنده. ولو اشترى دارًا مأجورة لا يطالب بالثمن قبل قبضها، ويدخل في الشغل بحق الغير ما لو كانت الدار مأجورة، فليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن؛ لعدم القبض، وهي واقعة الفترى، سئل عنها ورأيت نقلها في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين، ولو باع

المستأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء إلى مضي مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها، ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم، وكذا لو اشترى غانبًا لا يطالبه بثمنه ما لم يتهيأ المبيع للتسليم.

و الظاهر أن المراد بالتخلية: الإذن بالقبض، لا خصوص لفظ التخلية؛ لما في البحر، ولو قال البائع للمشتري بعد البيع: خذ، لا يكون قبضًا، ولو قال: خذه، يكون تخلية إذا كان يصل إلى أخذه.

وكذا الهبة والصدقة فلا تكون تخلية البعيد فيهما قبضًا، قال في البحر: وعلى هذا، تخلية البعيد في الإجارة غير صحيحة فكذا الإقرار بتسليمها.

و بهذا فقد أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضًا، وفي البيع الفاسد روايتان، والصحيح أنه قبض، وفي الهبة الفاسدة كالهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة لا تكون قبضًا باتفاق الروايات.

واختلفوا في الهبة الجائزة، ذكر الفقيه أبو اللبث: أنه لا يصير قابضًا في قول أبي يوسف، وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه يصير قابضًا ولم يذكر فيه خلافًا.

ولو قبض المشتري المشترى قبل نقده بلا إذن البائع، فطلبه منه فخلًى بينه وبين البائع لا يكون قبضًا حتى يقبضه بيده، بخلف ما إذا خلى البائع بينه وبين المشترى، ولو اشترى لا يكون قبضًا حتى يقبضه بيده، بخلاف ما إذا خلى البائع بينه وبين المشترى، ولو اشترى وكذا لو قال للبائع، سقها إلى منزلك فأذهب فأتسلمها، فهلكت حال سوق البائع، فإن ادعى البائع التسليم فالقول للمشتري، قال المشتري للعبد: اعمل كذا، أو قال: للبائع مره يعمل كذا فعمل فعطب العبد هلك من المشتري؛ لأنه قبض، قال المشتري للبائع و المتمدك على المبيع، فسلمه إلى فلان يمسكه حتى أدفع لك الثمن، ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع؛ لأن الإمساك كان لأجله.

ولو اشترى وعاء لبن خائر في السوق فأمر البائع بتقله إلى منزله فسقط في الطريق، فعلى البائع إن لم يقبضه المشتري.

ولو اشترى في المصر حطبًا فغصبه غاصب حال حمله إلى منزله فمن البائع؛ لأن عليه التسليم في منزل الشاري بالعرف.

قال للبائح: زنه له وابعثه مع غلامك أو غلامي، ففعل وانكسر الموعاء في الطريق فالتلف من البائح، إلا أن يقول: ادفعه إلى الغلام؛ لأنه توكيل للغلام، والدفع إليه كالدفع إلى المشتري(١).

♦ (مادة ٤٣٦): إذا كان المبيع أرضًا فتسليمها إلى المشتري يكون بالتخلية من البائع، على وجه يتمكن المشتري من قبضها بأن تكون قريبة منه، فإن كانت بعيدة عن المشتري فلا يعتبر قابضًا بمجرد إذن البائع له بالقبض").

المشتري إذا كان في العرصة أو في الأرض المبيعة، أو كان يزاحمهما من طرفهما يكون إذن البائم له بالقبض تسليمًا.

وإذا كان أبعد من ذلك فلا يكون الإذن له بالقبض تسليمًا؛ لأن الأذن بالقبض يقوم مقام القبض فيما إذا كان القبض ممكنًا، فإذا كان المبيع بعيدًا ولا يمكن قبضه بالإذن لا يكون قشًا عند الإمامين؟".

♦ (مادة ٤٣٧): إذا كان المبيع منقولًا فتسليمه يكون بمناولته من يد البائع أو وكيله إلى يد المشتري أو وكيله، كما يكون بالتخلية والإذن بالقبض، فإن كان المبيع داخل حانوت أو صندوق يكون تسليمه بدفع مفتاح الحانوت أو الصندوق إلى المشتري مع الإذن له بقبضه(1).

اختلف الفقهاه في كيفية قبض المنقول، فذهب جمهور الفقهاه إلى التفريق بين المنقولات فيما يعتبر قبضًا لها؛ حيث إن بعضها يتناول باليد عادة ويعضها الآخر لا يتناول، وما لا يتناول مالمد نوعان:

أحدهما: لا يعتبر فيه تقدير في العقد.

والثاني: يعتبر فيه، فتحصل لديهم في المنقول ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون مما يتناول باليد عادة، كالنقـود والثيـاب والجواهر والحلي وما إليها، وقبضه يكون بتناوله باليد عند جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة.

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٤/ ٥٦١، ٥٦٢ه.

⁽٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٤٣٤) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٣) المادة (٢٦٦) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها للمحاسني.

⁽٤) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

الحالة الثانية: أن يكون مما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، إما لعدم إمكانه وإما مع إمكانه لكنه لم يراع فيه؛ كالأمتعة والعروض والدواب والصبرة جزافًا، وفي هذه الحالة اختلف المالكية مع\الشافعية والحنابلة في كيفية قبضه على قولين:

أحدهما للمالكية: وهو أنه يرجع في قبضه إلى العرف.

والثاني للشافعية والحنابلة: وهو أن قبضه يكون بنقله وتحويله، واستدلوا على ذلك بالمنقول والعرف، فأما المنقول فما روي عن عبد الله هه أنه قال: • كنا تتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام، فنهانا التبي هي أن نبيعه حتى يبلغ به سوق الطعام ١٠٠٥، وقيس على الطعام غيره، وأما العرف، فلأن أهله لا يعدون احتواء البد عليه قبضًا من غير تحويل؛ إذ البراجم لا تصلح قرارًا له.

الحالة الثالث: أن يكون مما يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، كمن اشترى صبرة حنطة مكايلة، أو متاحًا موازنة، أو ثوبًا مذارعة، أو معدودًا بالعدد، وفي هذه الحالة اتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على أن قبضه يكون باستيفائه بما يقدر به من كيل أو وزن أو ذرع أو عد.

واشترط الشافعية بالإضافة إلى ذلك نقله وتحويله، ودليل جمهور الفقهاه: أن قبض المقدرات من المنقولات إنما يكون بتوفيتها بالوحدة القياسية العرفية المراعاة فيها من الكيل أو الوزن أو الذرع أو العد، فهو ما روي عن النبي 激 أنه و نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري م⁽¹⁾، وقوله 激: و من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يكتله م⁽¹⁾، فدل ذلك على أنه لا يحصل فيه القبض إلا بالكيل، فتعين فيما يقدر بالكيل الكيل، وقيس عليه الباتي.

وقال الحنفية: قبض المنقول يكون بالتناول باليد أو بالتخلية على وجُه التمكين.

جاء في مجلة الأحكام العدلية: « تسليم العروض يكون بإعطائها ليد المشتري، أو بوضعها عنده، أو بإعطاء الإذن له بالقبض مع إراءتها له ».

وجاء في الفتاوى الهندية: رجل باع مكيلًا في بيت مكايلة، أو موزونًا موازنة، وقال: خليت بينك وبينه، ودفع إليه المفتاح، ولم يكله ولم يزنه، صار المشتري قابضًا.

وتسليم المبيع هو أن يخلي بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من

⁽۱) صحيح البخاري : ۲/ ۷۰۹ برقم ۲۰۵۸. (۳) سنن البيهقی الکبری: ۵/ ۳۱۳ برقم ۲۰۶۱. ⁻

⁽٢) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣١٦ برقم ١٠٤٨١.

٨٠٢ اليوع: تسليم المبيع

قبضه بغير حائل، وكذا التسليم في جانب الثمن.

واستدل الحنفية على اعتبار التخلية مع التمكين في المنقولات قبضًا بأن تسليم الشيء في اللغة معناه: جعله سالمًا خالصًا لا يشاركه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، وبأن من وجب عليه التسليم لا بد وأن يكون له سبيل للخروج من عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع المواتع، أما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز. وقد وافق أحمد في رواية عنه الحنفية على اعتبار التخلية في المنقول قبضًا؛ وذلك لحصول الاستيلاء بالتخلية؛ إذ هو المقصود بالقبض، وقد حصل بها(1).

● (مادة ٤٣٨): كيل المكيلات ووزن الموزونات المعينة بأمر المشتري ووضعها في الأوعية والجوالق التي هيأها المشتري لوضع المبيع فيها يكون تسليمًا (٬٬

كيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشتري ووضعها في الظرف الذي هيأه لها يكون تسليمًا، فضمانه على البائم قبل ذلك؛ لعدم تحقق التسليم.

وفي الطحطادي: باع الحيوان وسلم رسنه للمشتري تم التسليم لو فرَّ من بينهما، وفي الهندية: إذا باع الحيوان في القفر، وكان بإمكان المشتري مسكه بحبال ومعاونين تم التسليم لإمكان القبض عليه، وإلا فلا؛ لأن التسليم يمكن أن يكون بصعوبة مع القدرة، ويكون التسليم قد وقع بالنبعية، أما وضع المكيلات والموزونات في الظرف الذي أعده البائع فلا يكون تسليما، وكذا إذا اشترى حنطة وأمر البائع بطحنها وقع التسليم حكمًا، إلا إذا طلبها المشتري بعد الطحن وتمنع البائع من تسليمها، وكذا استعمال البائع المبيع بعمل للمشتري بعضه بأمر، يكون تسليمًا، وكذا استعمال البائع المبيع بعمل للمشتري بعضه وأتلفه أو عيب المشتري أحدهما وهو في يد البائع أو عيه البائع بأمر المشتري ترفيه من المستري بعضه المستري المشتري المشتري المشتري المستري المشتري الم

ولا يصح ببع المكيلات والموزونات إذا كانت غير معينة، ولا يتم التسليم إلا إذا وضع في وعاء المشتري، حتى ولو كان قد استعاره من البائع، ولا يقع التسليم من البائع بالوكالة عن المشتري، والفرق بين إعطاء الوعاء من المشتري إلى البائع ووضع المبيع فيه، وبين توكيل المشتري، البائع باستلام المبيع ظاهر؛ لأن توكيل البائم لقبض المبيع لا يجوز أصلًا.

⁽١) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية : ٣٢/ ٢٦٠ وما بعدها.

⁽٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

اليوع: نسليم المبيع __________________________

وإذا اشترى المشتري زيتًا فأمر البائع بوضعه في وعاء، وبعد أن وضع قسمًا منه انكسر الوعاء وسال الزيت دون أن يشعر البائع بذلك، وبقى البائع يضع الزيت الباقي في الوعاء فضمان ما وضع فيه قبل الكسر على المشتري لتحقق التسليم، وضمان الباقي على البائع، وإذا بقي في أسفل الوعاء جانب من الزيت ووضع البائع الباقي فوقه لعدم علمه بانكسار الوعاء، فيكون قد أتلف ما وضعه للمشتري أولًا في الوعاء ويضمن مثله له، إلا إذا كان الوعاء بيد المشتري فيتم التسليم لجميع المبيع.

وإذا كان الوعاء مكسورًا في الأصل، وكان ذلك معلومًا عند أحد المتبايعين دون الآخر، ووضع البائع المبيع فيه وتلف، فالضمان على من كان يعلم ذلك، ويجب أن يكون وضع الأشياء في الظرف والوعاء من أجل التسليم لا من أجل الوزن؛ لأن الوعاء إذا سلم لأجل الوزن وكسر وتلف المبيع لا يضمن المشتري منه شيئًا، وإذا أتلف المشتري المبيع أو بعضًا منه فيكون قد قبضه حكمًا؛ إذ بإتلافه بعض المبيع يكون قد استلمه، إلا إذا طلب الباقي وامتنع البائع من تسليمه وتلف في يده فيكون ضمان الباقي على البائع.

وإذا كان المبيع بابًا ذا جناحين فاستلم المشتري أحدهما وعيبه أو استهلكه، أو عيب المسيع بعيب ينقص قيمته، أو آجر المبيع وسلمه، أو وهبه وسلمه، أو أعاره، أو رهنه، أو وهبه البائع بدون إذن المشتري وأجاز المشتري بعد ذلك هذه العقود وقع التسليم حكمًا إذا كان البيع صحيحًا لا فاسدًا، وكذا إذا أتلف المبيع وهو في يد البائع أجنبيٌّ وطالب المشتري المنتف بالضمان وقم التسليم حكمًا وإلا فلا.

أما أمر المشتري البائع بإجراء عمل في العبيع لا ينقص قيمته كالغسل، وإيداع المشتري المبيع عند البائع أو إعرازته أو إيجاره له أو إعطاؤه العبيع رهناً على الثمن كله أو بعضه فلا يعد تسليماً، وإذا استعمل البائع العبيع بالإيجار الواقع على هذه الصورة لا يدفع الأجرة، وإذا آجره البائع من غيره فالأجرة له لا للمشتري، وإذا تلف باستعمال البائع قبل التسليم فضمانه على البائع لا على المشتري،

● (مادة ٤٣٩): إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد فاشتراها من الملك ينوب القبض الأول عن الثاني.

⁽١) شرح مجلة الأحكام للمحاسني المادة (٢٧٣).

وإن كان المبيع في يد المشتري عارية أو وديعة أو رهنًا فلا يصير قابضًا بمجرد المقد (٢٠) إلا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب إليه حتى بتمكن من قبضه (٢٠).

الأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما مناب الآخر؛ يعني أن يكون كلًّا منهما فبض أمانة، أو قبض ضمان، أما إذا اختلفا فينوب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون.

بيانه: أن الشيء إذا كان في يده بغصب أو مقبوضًا بعقد فاسد فاشتراه من المالك عقدًا صحيحًا ينوب القبض الأول عن الثاني، حتى لو هلك قبل أن يرده إلى بيته ويصل إليه، أو يتمكن من أخذه فالهلاك عليه، وكذا لو كان الشيء في يده وديعة، أو عارية فوهبه منه مالكه لا يحتاج إلى قبض آخر، وينوب القبض الأول عن الثاني، ولو كان في يده بالغصب، أو بالعقد الفاسد فوهبه المالك منه فهاهنا يحتاج إلى قبض جديد، ولا ينوب القبض الأول عن الثاني، وإذا انتهى إلى مكان يتمكن من قبضه يصير قابضًا بالتخلية والرهن كالعارية"،

...

♦ (حادة ٤٤٠): يشترط في التسليم أن يكون العبيع مفرزًا غير مشغول بحق البائع، فإن كان العبيع دارًا مشغولة بمتاع للبائع أو أرضًا مشغولة بزرعه فلا يصبع التسليم، إلا إذا فرغ اللاار من المتاع والأرض من الزرع(")، ويجبر على التفريغ والتسليم للمشتري إذا نقده الثمن(").

تسليم المبيع هو أن يخلي بين الميع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه بغير حائل، وكذا التسليم في جانب الثمن، وشرط البعض مع ذلك أن يقول: خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويشترط في التسليم أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق غيره.

فإذا باع رجلًا مكيلًا في بيت مكايلة، أو موزونًا موازنة، وقال للمشتري: خليت بينك وبينه فاقبضه لا يكون قابضًا، والحاصل أن التخلية بين المبيع وبين المشتري تكون قبضًا عند أبي حنيفة بثلاث شرائط:

أحدها: أن يقول البائع: خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري: قد قبضت. الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري بحيث يصل إلى الأخذ من غير مانع.

⁽١) تنفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٢) يستفاد حكم فقرتيها من أواخر فصل فيهاً يتعلق بالقبض مَن الأنقروية ص: ٢٥٥، ٢٥٥ من البيوع. (٣) بجمع الضيانات ص : ٢١٧.

⁽٤) تنفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا الأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٥) في الفتاوي الهندية : ٣/ ١٦.

الثالث: أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق الغير، فإن كان شاغلًا لحق الغير كالحنطة في جوالق البائع وما أشبه ذلك فذلك لا يمنع التخلية، واختلف أبو يوسف ومحمد في التخلية في ها را البائم، قال أبو يوسف: لا تكون تخلية، وقال محمد: تكون تخلية (^.

فتسليم المبيع يحصل بالتخلية وهو أن يأذن الباتع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلم المشتري إياه؛ لأن إثبات الاقتدار بالتصرف للمشتري لازم، فيجب أولا: إذن الباتع للمشتري باستلام المبيع، ويجب ثانياً: أن يكون المشتري قادرًا على استلامه بلا مانع، وكذا أن يكون المبيع مفرزًا وغير مشغول بحق الغير، بناءً عليه: إذا باع الباتع دابته الموجودة في داره حين البيع وقال للمشتري: استلمها فقال له المشتري: أبقها عندك للغد فتلفت تتلف من مال المشتري عند محمد؛ لتحقق التسليم، وهو القول المفتى به خلافًا لأبي يوسف حيث قال بأن التخلية في دار الباتع ليست بتسليم، وكذا إذا باع الباتم متامًا إلى المشتري وأمره بقيضه، وكان بإمكان المشتري أخذ المبيع بدون أن يقوم من أرضه ولم يأخذه وتلف فضمانه على المشترى"،

 (عادة ٤٤١): إذا قبض المشتري المبيع، ورآه البائع وهو يقبضه (٢٠)، ولم يمنعه من قبضه يعتبر ذلك إذنًا من البائع له بالقبض.

عدم منع البائع حينما يشاهد قبض المشتري للمبيع يكون إذنًا من البائع بالقبض، ومثل البائع المية عنه ومثل البائع محيحًا أم فاسدًا، فالقبض في مجلس العقد على هذا الوجه صحيح، والإذن بالقبض على هذا الوجه إذن دلالة، فيتقيد بالبيع في مجلس العقد، وإذا لا يجوز قبض المبيع بيمًا فاسدًا بعد مجلس العقد بدون رضاء البائع صراحة، وكما أن القبض بإذن البائع دلالة معتبر، فكذلك قبضه صراحة، سواء أكان الإذن في مجلس العقد أو بعده، فإذا قبض المشتري المبيع على هذا الوجه فليس للبائع استرداد المبيع على هذا الوجه فليس للبائع استرداد المبيع وحبسه لاستيفاء ثمن المبيع النارجه

وتنفق هذه المادة مع المادتين (٤٠٣) مدني سوري، و (٥٣٩) مدني عراقي، والمواد (٢٧٦ ، ٢٧٧) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (٤٩٥) من القانون المدنى الأردني،

⁽١) مجمع الضمانات ص: ٢٣٨.

⁽٢) مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٢٦٣).

⁽٣) تنفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٤) عجلة الأحكام العدلية المادة (٢٧٦): ١/ ٢٥٩.

۸۰۰ البيرع: تسليم الميع

ونصها: « إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليمًا، ما لم يُمفق على خلاف ذلك ».

♦ (مادة ٤٤٦): إذا قيض المشتري المبيع قبل أداء الثمن المستحق أداؤه بلا إذن بائعه، فلا يكون قبضه معتبرًا، وللبائع حق استرداده، فإن هلك المبيع في يد المشتري ينقلب القبض معتبرًا ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من الثمن.

قبض المشتري المبيع بدون إذن البانع قبل أداء الثمن لا يكون معتبرًا، إلا أن المشتري لو قبض المبيع بدون الإذن وهلك في يده أو تعيب يكون القبض معتبرًا حينئذ، و المقصود من الثمن هنا: المعجل، فإذا قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أن يودي الثمن إلى البائع وباعه من آخر أو أجره أو رهنه أو وهبه أو تصدق به وسلمه، أي تصرف به تصرفاً قابلاً للنقض والفسخ فللبائع أن ينقض هذه التصرفات، وأن يسترد المبيع ليحبسه حتى قبض الثمن.

ومن ذلك: أن يقبض المشتري المبيع بدون إذن الباتع قبل نقد الثمن، ويبيعه من شخص أخر ويسلمه إليه، فإن شاه الباتع الأول استرداد المبيع، ينظر، فإذا أقر ذلك الشخص دعوى الباتح كان له استرداد المبيع، وحينئذ يكون البيع الثاني باطلاً، وإن أنكر الدعوى أو أجاب بعدم العلم توجل الدعوى إلى حين حضور المشتري الأول، فإذا حضر وصدق دعوى بائعه فتصديقه حكم على المشتري الثاني، وإذا كذبه طولب الباتع بالبينة على دعواه، فإذا أثبتها بحضور المشتري الأول والمشتري الأول والمشتري الأول الباتع بالبينة على دعواه، فإذا أثبتها بحضور المشتري الأول والمشتري الأول الباتع بشين المبيع قبل المبتع إلى بائعه الأول، المبيع قبل الرده وعلى هذا إذا دفع المشتري الأول الباتع ألمبيع قبل المبيع إلى الباتع بعد أن استرد الباتع المبيع الى يود البيع الناني، انظر الهادة (١٥).

وكذلك إذا تلف المبيع في يد المشتري الثاني فالبائع يضمن قيمته، والقيمة المذكورة في يد البائع ينفسخ يد البائع تكون في حكم عين المبيع، حتى إذا هلكت القيمة المذكورة في يد البائع ينفسخ البيع الأول والثاني فيستر د المشتري الثاني ما دفعه إلى المشتري الأول من الثمن، فإذا دفع المشتري الأول إلى البائع ثمن المبيع قبل هلاك القيمة المذكورة في يد البائع أخذ تلك القيمة من البائع، وليس للمشتري الأول أن يأخذ تلك القيمة من المشتري الثاني، بل له أن يسترد الثمن الذي دفعه، فعلى هذا الوجه إذا قبض المشتري المبيع بدون إذن البائم، وطلب ابيوع: تسليم المبيع 💳 ٨٠٧

البائع من المشتري إعادة المبيع إليه، فأذن المشتري له بقبضه فلا يكون البائع قابضًا للمبيع، بل يجب أن يقبضه حقيقة، أما إذا قبض المشتري المبيع بدون إذن، وتلف في يده أو تعيب، كان القبض معتبرًا.

ويفيد التقييد بدون إذن البائع أنه يجوز للمشتري أن يقبض المبيع قبل أداء الشمن المعجل بإذن البائع، وكذلك إذن البائع بقبض شيء واحد من الشيئين اللذين هما في حكم الشيء الواحد كإذن البائع للمشتري بقبض أحد مصراعي الباب، أو إحدى زوجي الحذاء في حكم الإذن بقبض الآخر، حتى لو قبض المشتري هذين الشيئين بناء على إذن البائع بقبض أحدهما فليس للبائع أن يطلب استرداد ذلك بداعي أنه لم يأذنه إلا باستلام شيء واحد، فإذا استرد البائع المبيع جراً كان غاصبًا، وإذا كان المبيع ثوبًا مثلًا فقبضه المشتري بلا إذن ثم صبغه، أو كان المبيع عرصة ثم أنشأ فيها المشتري دارًا، أو غرس فيها أشجارًا فللبائع أن يسترد المبيع ويحسه حتى يقبض الثمن، فإذا أراد البائع هدم البناء وقلع الأشجار وإعادة المبيع إلى حاله الأصلية ينظر، فإن كان ليس في ذلك ضرر على المبيع تهدم الدار وتقلع الأشجار، وإن كان فيه ضرر فللبائع ألا يفعل ذلك وإذا كان ذلك ثوبًا فقدم في يد البائع ضمن البائع للمشتري كلفة الصبغ الذي كان في الثوب.

إذا تسلم البائع ثمن العبيع وضبط منه بالاستحقاق ينظر، فإن كان المشتري تصرف في المبيع تصرفاً قابلًا للفسخ كبيعه من آخر أو إيجاره أو رهنه وتسليمه فللبائع أن يسترد المبيع ويحبسه لاستيفاء الثمن، وكذلك إذا تصرف فيه تصرفاً غير قابل للفسخ (١٠).

 (مادة ٤٤٣): تأجير المشتري المبيع قبل قبضه ولو من باتمه، أو بيعه قبل قبضه ولو منه وهو منقول غير جائز، فلا يصير به قابضًا للمبيع()).

وإن وهب المشتري العين المبيعة قبل قبضها، أو رهنها قبله وقبضها المموهوب له أو المرتهن جاز، وقام قبضه مقام قبض المشتري^(٣).

قال محمد: كل تصرف يجوز من غير قبض إذا فعله المشتري قبل القبض لا يجوز،
 وكل ما لا يجوز إلا بالقبض كالهبة إذا فعله المشتري قبل القبض جاز، ويصير المشتري

⁽١) شرح مجلة الأحكام المادة (٢٧٧) : ١/٢٦٠.

 ⁽٢) تنفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدنى طبقًا الأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار : ٤/ ٥٦١.

قابضًا؛ وذلك لأن قبض الموهوب له يقوم مقام قبض المشتري ».

ومن القبض ما لو أودعه المشتري عند أجنبي أو أعداره وأمر البائع بالتسليم إليه،
لا لو أودعه أو أعاره أو آجره من البائع أو دفع إليه بعض الثمن، وقال: تركته عندك رهناً على
الباقي، ومنه ما لو أتلف المبيع أو أحدث فيه عيبًا، أو أمر البائع بذلك ففعل، أو أمره بطحن
المنطة فطحن، أو وطئ الأمة فحبلت، ومنه ما لو اشترى دهناً ودفع قارورة يزنه فيها فوزنه
فيها بحضرة المشتري، فهو قبض، وكذا كل مكيل أو موزون إذا دفع له الوعاء فكاله أو وزنه
فيه بأمره، ومنه ما لو غصب شيئاً ثم اشتراه صار قابضًا، بخلاف الوديمة والعارية إلا إذا وصل
إليه بعد التخلية، ولو اشترى ثوبًا أو حنطة فقال للبائع: بعه، قال الإمام الفضلي: إن كان قبل
القبض والرؤية كان فسخا، وإن لم يقل البائع: نعم؛ لأن المشتري ينفرد بالفسخ في خيار
الرفية، وإن قال: بعه لي أي كن وكيلًا في الفسخ فما لم يقبل البائع لا يكون فسخًا، وكذا
لو بعد القبض والرؤية، اكن يكون وكيلًا بالبيع سواء قال: بعه أو بعه لي.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٤٢) وشرحها من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « لا يصح بيع ما اشتراه قبل قبضه إلا إذا كان عقارًا لا يخشى هلاكه ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن بيع المشتري العقار الذي لا يخشى هلاكه قبل قبضه من البائع، يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لعدم الغرر، أي غرر انفساخ المقد على تقدير الهلاك؛ لندرة هلاك العقار.

وقال محمد: لا يجوز.

والتعبير بالصحة دون النفاذ واللزوم؛ لأن البيع يكون موقوقًا على نقد الثمن، أو رضا البائع، وإلا فللبائع إيطال بيع المشتري، وكذا كل تصرف منه يقبل القبض إذا فعله قبل القبض أو بعده، بغير إذن البائع؛ لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير معتبر؛ لأن له استرداده وحبسه إلى قبض الثمن.

أما بيع المنقول قبل قبضه فإنه لا يجوز؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض، ولأن فيه غور انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض، فيتعين حينتذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه، وذلك مفسد للعقد.

وكذلك العقار الذي يخشى هلاكه، بأن كان علوًّا أو على شط نهر، فإنه بمنزلة المنقول من حيث لحوق الغرر بهلاكه، فلا يصح اتفاقًا. والأصل - كما في الفتح -: أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه، كالمبيع في البيع، والأجرة إذا كانت عينًا في الإجارة، وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينًا، لا يجوز بيم شيء من ذلك، ولا أن يشرك فيه غيره.

وما لا ينفسخ بهلاك العوض، فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر، وبدل الخلع، إذا كان كل منهما عبنًا، يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وهذا القول لأبي يوسف.

وعلى هذا فغير البيع من التصرفات التي لا تتم إلا بالقبض، كالهبة ونحوها، تجوز اتفاقًا؛ لانتفاء علة المنم.

وتنفق هذه المادة بوجه ما مع ما جاء في المادة (٤٩٨) من القانون المدني الأردني، ونصها: ﴿ يعتبر التسليم حكميًّا أيضًا:

١ - إذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري.

إذا أنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة، وإلا اعتبر
 متسلمًا فلم يفعل ١.

♦ (مادة ٤٤٤): مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع حيث كان وقت العقد، و لا يقتضي تسليمه في مكان العقد(١٠).

مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينتذ، مثلاً: لو باع رجل وهو في (إسلامبول) حنطة هي في (تكفور طاغي) يلزم عليه تسليم الحنطة الموقوتة في (تكفور طاغي)، وليس عليه أن يسلمها في (إسلامبول).

لا يشترط في عقد البيع بيان المكان الذي يسلم فيه المبيع، فعقد البيع المطلق الذي لا بيين فيه مكان تسليم المبيع يسلم فيه المبيع إلى المشتري في المكان الذي كان فيه المبيع حين العقد، لا في مكان عقد البيع، حتى إذا نقل البائع المبيع بلا إذن المشتري من المحل الذي كان فيه حين العقد إلى مكان آخر وجب عليه إعادته إلى حيث كان، أما ثمن المبيع فإن كان محتاجًا إلى الحمل والمونة فيجب بيان مكان تسليمه في العقد، فلذلك تقيدت هذه المادة بالمبيم كما هو واضح في نصها.

وتلتقي هذه المادة مع ما جاء في المواد (٢٠٤) مدني سوري، و (٥٤١) مدني عراقي،

⁽١) نقلها في تنقيح الحامدية من البيوع وهو ظاهر المذهب.

والمادة (٩٩٩) مدني أردني، ونصها:

١ - ١ البيع المطلق يقتضي تسليم المبيع في كل وجوده وقت العقد.

 إذا تضمن العقد أو اقتضى إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك».

(مادة ٥٤٥): إذا كان المشتري لا يعلم محل المبيع وقت العقد ثم علم به بعده فله الخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه واستلم المبيع حيث كان موجودًا^(١).

إذا كان المشتري لا يعلم أن المبيع في أي محل وقت العقد، وعلم به بعد ذلك كان مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، وقبض المبيع حيث كان موجودًا؛ ذلك أنه يعتبر في تسليم المبيع مكان البيع، فإذا لم يبين البائع مكان المبيع، ولم يكن المشتري يعلم وكان ظاهرًا أنه لم يكن في مكان العقد، ثم اطلع المشتري على مكانه فالبيع صحيح، إلا أن المشتري يكون مخيرًا خيار كشف الحال، فله فسخ البيع وترك المبيع، وله قبضه من حيث كان حين العقد بكار الثعة، المسمع (1).

• • •

● (عادة ٤٤٦ أ: إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور (⁽⁷⁾).

إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور، مثال ذلك: أن يبيع شخص حنطة من مزرعة له على أن يسلمها إلى المشتري في داره، فيجب عليه تسليمها إلى المشتري في داره، وكذلك إذا شرط تسليم المبيع الذي يحتاج إلى مؤنة في نقله إلى محل معين فيجب تسليمه هناك، وإن كان يصح اليم بشرط تسليم المبيع في محل معين حسب هذه المادة؛ إلا أنه لا يصح اليم بشرط حمل المبيع ونقله إلى دار المشتري (هنلية)، ففي هذه المسألة قد تمين محل المبيع مكانًا للتسليم، فاشتراط نقله إلى دار المشتري بعد ذلك شرط زائد ومفسد، أما المسألة التي ذكرتها المجلة فليست على هذا الوجه (1).

⁽١) نقلها في الأنقروية من أوسط البيوع في الأول فيها يجوز بيعه وما لا يجوز، وفي الخانية في أوائل البيع الفاسد.

⁽٢) شرح مجلة الأحكام العدلية : ١/ ٢٩٦ المادة (٢٨٦).

 ⁽٣) يستفاد من عبارتي الأنقروية والخانية في أوائل البيع الفاسد.
 (٤) شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر : ١/ ١٧٠ المادة (٢٨٧).

وتنفق هذه المادة مع المادة (٤٠٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(١)، ونصها:

والتي تنص على أنه: (إذا وجب تصدير المبيع للمشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ؟ "".

(مادة ٤٤٧): يجب تسليم المبيع للمشتري عند نقده الثمن للبائع، ولو شرط البائع^(٣) في عقد البيع تأجيل المبيع^(١) المعين وتسليمه للمشتري في وقت كذا يفسد البيع، ولو شرط المشتري^(١) أخذ المبيع في وقت كذا قبل نقد الثمن للبائع جاز، فلو شرط أخذ المبيع قبل نقد الثمن بلا تعيين وقت لأخذه فسد.

الشرط الذي يقتضيه العقد، ومعناه: أن يجب بالعقد من غير شرط، فإنه لا يوجب فساد العقد، كشرط تسليم المستري، وأما إن كان العقد، كشرط تسليم الشعري، وأما إن كان شرطًا لا يقتضيه العقد على التفسير الذي قلنا، إلا أنه يلائم ذلك العقد، ونعني به: أنه يؤكد موجب العقد، وذلك كالبيم بشرط أن يعطي المشتري كفيلًا بالثمن، والكفيل معلوم بالإشارة أو التسمية حاضر في مجلس العقد فقبل الكفالة، أو كان غائبًا عن مجلس العقد فحضر قبل أن يتفرقا، و قبل الكفالة ، أو كان غائبًا عن مجلس العقد فحضر قبل

وكذا البيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهنًا، والرهن معلوم بالإشارة أو التسمية، جاز البيع استحسانًا وإن لم يكن الرهن من مقتضيات العقد، إلا أن الرهن يؤكد موجب العقد، قال في المنتقى: وإن لم يكن الرهن معينًا ولكن كان مسكم إن كان عرضًا لم يجز، فإن كان

 ⁽١) انظر المادة (٤٠٣) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا الأحكام الشريعة الإسلامية
 ص: ١٣٣٠.

⁽٣) تنق هذه المادة في حكمها مع المادة (٢ ٤٤٩) ٣) من التقنين الأردق التي تنص على أنه: ﴿ وَأَنْ تَضَمَّى المقدار التضفى العرف إرسال المبيع إلى المشرق كلا يتم التسليم الإلناء جرى إيصاله إليه، ما لم يرجد انتفاق على غير ذلك ». وتنفق في حكمها مع المادة (٢٠١٧) من التفنين الكريتي التي تنص على أنه: ﴿ إِنَّ الترم البائح بإرسال المبيع إلى مكان معين، الأنبيم التسليم إلا يو صرف فيه ما لم يتفق على غير ذلك ».

بري. (٤) في طبعة دار الفرجاني و البيع ، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

⁽٥) قوله: ولو شرط الشتري ... آلخ، نقله في رد المحتار أواخر فصل: فيها يدخل في البيع تبعًا، بالعزو إلى محمد نقلًا من البحر، ونقله في الخانية من أوائل الفصل في الشروط الفسدة للبيع .

مكيلًا أو موزونًا موصوفًا فهو جائز، وإن لم يكن الرهن معينًا ولا مسمّى وإنما شَرَطا أن يرهنه بالثمن رهنًا فالبيع فاسد، إلا إذا تراضيا على تعيين الرهن في المجلس ودفعه المشتري إليه قبل أن يتفرقا، أو تعجل المشتري الثمن ويبطل الأجل فيجوز البيع استحسانًا⁽¹⁾.

● (مادة ٤٤٨): إذا بيعت جملة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر ومن المدديات المتقاربة، وتعين مقدارها مع بيان جملة ثمنها أو بيان ثمن كل كيل أو رطل أو فرد منها على حدته، فإن وجدت الكمية المبيعة تامة عند التسليم لزم البيع، وإن ظهرت ناقصة عن المقدار المعين في المقد فللمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإن ظهر أنها زائدة على المعين في المقد فالزيادة للبائم(").

المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع، سواء سمي ثمنها فقط أو بيُزِن وَفُصُّل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حدة، إلا أنه إذا وجد عند التسليم تامًّا لزم البيع، وإذا ظهر ناقصًا كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإذا ظهر زائدًا فالزيادة للبائع، مثلاً: لو باع صبرة حنطة على أنها خمسون كيلة، أو على أنها خمسون كيلة لزم كل قيلة منها بعشرة قروش أي بخمسمائة قرش، فإذا ظهرت وقت التسليم خمسين كيلة لزم البيع، وإن ظهرت خمسًا وخمسين كيلة لزم البيع، وإن ظهرت خمسًا وخمسين قرشًا، وإن ظهرت خمسًا وخمسين كيلة فالخمس الرابعن كيلة فالخمس

وكذا لو باع جملة بيض على أنه مائة بيضة، أو على أنه مائة بيضة كل بيضة بنصف قرش بخمسين قرشًا، فإن ظهرت عند التسليم تسعين بيضة فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ تسعين بيضة بخمس وأربعين قرشًا إذا ظهرت مائة وعشر بيضات فالعشرة الزائدة للبائم.

وكذلك لو باع زق سمن على أنه مائة رطل يكون الحكم على الرجه المشروح، وكذا الحكم في كل مبيم تنقسم أجزاء الثمن على أجزائه، وهو المكيلات والعدديات المتقاربة

⁽١) الفتاوي الهندية: ٣/ ١٤٣.

⁽٢) شرح مجلة الأحكام العدلية: ١/١٩٩، ٢٠٠ المادة (٣٢٣).

والموزونات التي ليس في تبعيضها وتفريقها ضرر، فإذا بين مقدار المجموع منها لفظًا أو عادة وبيع ذلك المجموع، فإذا ذكر ثمنه جملة أو كان من المكيلات فذكر وفصل ثمن كل كيلة، أو من الموزونات فبين ثمن كل رطل مثلًا، ففي الصورتين البيع صحيح في المجموع، ولو ظهر المجموع مساويًا للمقدار الذي بين أو زائدًا عنه أو ناقضًا؛ لأنه لا تفاوت بين أفراد هذه الأشياء وأقسامها فإذا ظهر المبيع زائدًا أو ناقضًا عرفت حصة مقدار المبيع وحصة الموجود من الثمن.

ولذا فإنه إذا ظهر المجموع وقت التسليم مطابقًا للمقدار المبين في العقد لزم البيع؛ لأن الصفقة لم تنفرق على هذا التقدير، وعلى هذا فالمبيع كله للمشتري وليس البائع أو المشتري مخيرًا، أما إذا ظهر مقدار المجموع وقت التسليم أقل من المقدار المبين في عقد البيع فإن المشتري يتخيره؛ لتفرق الصفقة، فله فسخ البيع وترك المجموع كله للبائع، ما لم يقبض المشترى المبيع مع علمه بنقصه (١٠).

وهذا ما يتفق مع المادة (٢٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

إذا كان المكيل أو الموزون معلوم الكيل أو الوزن والثمن، ولم يكن في تبعيضه ضرر،
 ثم ظهر أنه أقل أو أكثر، فللمشتري الخيار بين أخذ الأقل بحصته من الثمن أو الفسخ، وما زاد
 فللبائع.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه إذا باع قدرًا من القمح على أنه مائة قدح بمائة درهم، وعند الكيل وجداها كما حددا تم البيم.

وإن وجداها أقل كان للمشتري الخيار بين أخذ الموجود بحصته من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي، وبين الفسخ؛ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا.

وإن وجداها أكثر، فالزائد للبائع؛ لأن البيع وقع على قدر معين وهو المائة، فما زاد عليه لم يدخل في العقد، وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره، إلا إذا كان وصفًا، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف، فالبيع لا يتناوله، فكان حقًّا للبائع، لا يجب عليه تسليمه إلا باعتبار كونه صفقة على حدة، وكان كل من العاقدين مخيرًا فيها، إن شاء باشرها وإن شاء تركها.

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢٤) الطبعة التمهيدية.

٨١٤ ---- اليوع: تسليم الميم

وهذا هو ما تناولته المواد (٣٢٣ - ٢٢٩) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمحاسني وغيره ما المحاسني وغيرهما، ورد المحتار (٢٠٤) وما بعدها، والمواد (٤٠١ ، ٤٠١) مدني سوري، وو (٥٤٣ - ٤٤١) مدني عراقي، والمادة (٤٩٢) من القانون المدني الأردني، ونصها: ٩ إذا عين في العقد مقدار المبيع، وظهر منه نقص أو زيادة، ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية:

إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينًا،
 والنقص من حسابه، سواء أكان الثمن محددًا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع.

 ٢ - إذا كان المبيع يضره التبغيض؛ وكان الثمن محددًا على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائم يستحق ثمنها، والنقص من حسابه.

٣ - إذا كان المبيع معا يضره التبعيض، وكان الثمن المسمي لمجموعه فالزيادة للمشتري،
 والنقص لا يقابله شيء من الثمن.

 كلما كانت الزيادة والنقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى، أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع، ما لم يكن المقدار تافهًا ولا يخل النقص في مقصود المشتري.

 واذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة ٤.

♦ (مادة ٤٤٩): إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر، أو مادة ١٩٤٩): إذا بيعت جملة من الموزونات أو فرعها أمع بيان جملة ثمنها، فإن وجدت حين وزنها أو ذرعها تامة لزم البيع، وإن ظهرت ناقصة عن القدر الذي بين فللمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى، وإن ظهرت زائدة عن القدر المعين فالزيادة للمشتري ولا خيار للبائم.

لو باع مجموعًا من الموزونات التي في تبيضها ضرر، وبين قدره، وذكر ثمن مجموعه فقط، وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصًا عن القدر الذي بيته فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى، وإن ظهر زائدًا عن القدر الذي بينه فالزيادة للمشتري والخيار للبائع، مثلاً: لو باع فص ألماس على أنه خمسة قراريط بعشرين ألف قرش فإذا ظهر أربعة قراريط ونصفًا كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ الفص بعشرين ألف قرش، وإذا ظهر خمسة قراريط ونصفًا أخذه المشتري بعشرين ألف

قرش، ولا خيار للبائع في هذه الصورة.

أي أنه إذا بين في الموزونات التي في تبعيضها ضرر قدر المجموع ولم يذكر لكل قسم من أقسامه أو جزء من أجزائه ثمنًا على حدة، بل ذكر ثمن المجموع فقط يكون البيع صحيحًا، إلا أنه إذا ظهر ذلك المجموع وقت التسليم تامًّا ولم يكن في البيع خيار من الخيارات يكون البيع لارتًا، أما إذا ظهر ناقصًا فيما أن النقصان بمنزلة العيب في المبيع فللمشتري الخيار إن شاء فسخ البيم وترك المبيم، وإن شاء أخذه بجميم الثمن.

وليس له إنقاص الثمن بقدر ما ظهر في المبيع من النقصان ؟ لأن ذلك وصف والوصف ليس له حصة من الثمن، والحكم في خيار العيب على هذا الوجه أيضًا، وهذا الخيار من قبيل خيار العيب، أما إذا ظهر المجموع زائدًا عن المقدار المبين فالبيع لازم أيضًا، والزيادة تكون بلا بدل للمشتري، وليس للبانع ولا للمشتري حيتنذ خيار، ولا حق للبائع في المطالبة بزيادة الثمن لتلك الزيادة في المبيع؛ لأن الوزن في الموزونات التي في تبعيضها ضرر وصف، كالذرع في المذروعات، والوصف ليس له من حصة في ثمن المبيع، ما لم يكن مقصودًا بالتناول فيكون له حصة منه (١٠).

(مادة ٤٠٠): إذا بيع مجموع من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر، أو تطعة أرض مع بيان مقدار وزنه أو ذرعه، وبيان ثمن كل رطل أو ذراع على حدته، فإن وجد المجموع وقت النسليم زائلًا أو ناقشًا عن القدر المعين من الوزن والذرع فالمشتري مخير إن شاء أخذ ذلك المجموع بحساب الثمن الذي بينه لكل رطل أو ذراع "... ثناء ضعاف محدد عود ما المدن الذي بينه لكل رطل أو ذراع "... أذا مد محدد عود ما المدن الذي المدن الذي المدن الذي المدن الذي المدن الذي المدن الذي الدين الذي الدين الذي الدين الذي الدين الذين الدين الدين الدين الدين الدين الذين الدين الذين الدين الذين الدين الذين الدين الدين الذين الدين الدين الدين الدين الدين الدين الذين الدين الذين الدين الدين الدين الدين الدين الذين الدين الذين الدين الذين الدين الد

إذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر مع بيان مقداره وبيان أثمان أقسامه وأجزاته وتفصيلها، فإذا ظهر وقت التسليم زائدًا أو ناقصًا عن القدر الذي بينه فالمشتري مغير إن شاء فسنخ البيع، وإن شاء أخذ ذلك المجموع بحساب الثمن الذي فصله الأجزائه وأقسامه، مثلًا: لو باع منقلًا من النحاس على أنه خمسة أرطال كل رطل بأربعين قرشًا فظهر المنقل أربعة أرطال ونصفًا أو خمسة أرطال ونصفًا فالمشتري مخير في الصورتين إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المنقل بمائة وثمانين قرشًا إن كان أربعة أرطال ونصفًا، وبمائتين وعشرين قرشًا إن كان أربعة أرطال ونصفًا، وبمائتين

 ⁽١) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر: ١/ ٢٠٠، ٢٠١ المادة (٢٢٤).
 (٢) مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر: ١/ ٢٠١، ٢٠٢ (المادة ٢٢٥).

أي أنه إذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر بيان ثمنه أو ثمن أقسامه وأجزائه فالبيع لازمًا؛ لأن الثمن وأجزائه فالبيع لازمًا؛ لأن الثمن والمبيع معلومان، والمراد من اللزوم هنا: أن لا يكون لأحد العاقدين خيار، بخلاف والمبيع معلومان، والمراد من اللزوم هنا: أن لا يكون لأحد العاقدين خيار، بخلاف ما لو ظهر ناقضًا أو زائدًا أو كان في البيع خيار شرط أو خيار من الخيارات الأخرى فلا يكون البيع حينئذ لازمًا بطبيعته أما إذا لم يظهر المبيع تامًا بأن ظهر ناقضًا عن القدر المبين أو زائدًا عليه فللمشتري في الحالين الخيار في قبول المبيع وعدمه، وذلك احتراز عن تفريق الصفقة أو فوات الوصف المرغوب، فله أن يفسخ البيع ويترك المبيع، وله أن يأخذ القدر الذي ظهر بالثمن الذي جعل لأجزائه وأقسامه؛ لأن تفريق القدر الزائد عن المبيع مضر، فلا يمكن رده إلى الباعم.

أما إذا ظهر ناقشا فالمشتري مخير أيضًا؛ لأن الوزن وإن كان في الموزونات التي في تبعيضها ضرر من قبيل الوصف وليس له حصة من الثمن، إلا أنه بذكر ثمن أجزاء المبيع وأقسامه وأفراده على هذه الصورة أصبح أصلاء وخرج عن كونه وصفًا أو تابعًا لشمول المبيع الوصف حقيقة أو حكمًا، وأصبح مقصودًا بالذات، بذلك اكتسب صفة الأصالة وأصبح له حصة من الثمن، لذلك كان للمشتري الخيار بتغريق الصفقة أو فوات الوصف المرغوب، وإذا ظهر زائدًا فللمشتري أيضًا حق الخيار؛ لأنه وإن كان للمشتري بذلك نفع غير أنه يلزمه زيادة الثمن فأصبح الثمع معزوجًا بضرر، فلهذا كان للمشتري الخيار؛ إذ إنه لو أخذ الزيادة بدون ثمن فلا يكون قد عمل بمقتضى اللفظ.

(مادة ٤٥١): إذا بيع مجموع من المذروعات المتفاوتة، وبيّن مقدار ثمن ذلك المجموع
 فقط، فإن ظهر عند البيع تامًّا لزم البيع، وإن ظهر ناقصًا أو زائدًا كان البيع في الصورتين
 فاسدًا^{١٠}٠

إذا بيع مجموع من المذروعات سواء أكان من الأراضي أم من الأمتعة والأشياء السائرة، وبين مقداره وجملة ثمنه فقط أو فصل أثمان المذروعات، ففي هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضرر، وأما الأمتعة والأشياء التي ليس في تبعيضها ضرر كالجوخ والكرباس فالحكم فيها كالحكم في المكيلات، مثلًا: لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع بألف قرش فظهر أنها خمسة وتسعون ذراعًا فالمشتري

⁽١) تتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٤٠٠) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

البوع: تسليم المبيع ______ ١٨١٧

مخير إن شاء تركها، وإن شاء أخذ تلك العرصة بألف قرش، وإذا ظهرت زائدة أخذها المشتري أيضًا بألف قرش فقط، وكذا لو بيع ثوب قماش على أنه يكني قياء، وأنه ثمانية أذرع بأربعمائة قرش، فظهر سبعة أذرع خير المشتري إن شاء تركه، وإن شاء أخذ ذلك الثوب بأربعمائة قرش، وإن ظهر تسعة أذرع أخذه المشتري بتمامه بأربعمائة قرش أيضًا.

كذلك لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع كل ذراع بعشرة قروش فظهرت خمسة وتسعين ذراعًا، أومائة وخمسة أذرع خير المشتري إن شاء تركها، وإن شاء أخذها إذا كانت خمسة وتسعين ذراعًا بتسعمائة وخمسين، وإذا كان مائة وخمسة أذرع بألف وخمسين قرشًا، وكذا إذا بيع ثوب قماش على أنه يكفي لعمل قباء وأنه ثمانية أذرع؛ كل ذراع بخمسين قرشًا، فإذا ظهر نسته أذرع أو سبعة أذرع كان المشتري مخيرًا إن شاء ترك الثوب وإن شاء أخذه، إذا كان تسعة أذرع بأربعمائة وخمسين، وإن كان سبعة أذرع بثلاثمائة وخمسين قرشًا، وأما لو بيع ثوب جوخ على أنه مائة وخمسون ذراعًا بسبعة آلاف وخمسمائة قرش، أو أن كل ذراع منه بخمسين قرشًا، فإذا ظهر مائة وأربعين ذراعًا خير المشتري إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المائة والأربعين ذراعًا بسبعة آلاف قرش فقط، وإذا ظهر زائدًا عن المائة وخمسين ذراعًا كانت الزيادة للبائع، أي إنه إذا بيع مجموع من المذروعات سواء أكان من الأراضي أم من الأمتعة والأشياء السائرة، المحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضرد (".

تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية٬۱۰ ونصها:

وإذا تين أن مقدار المبيع يزيد على ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدرًا بحساب الوحدة، فإن كان المبيع قابلًا للتبعيض كانت الزيادة للبائع، وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض وجب على المشتري أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ المقد، وإذا كان الثمن مقدرًا جملة واحدة، كانت الزيادة للمشتري، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه "".

⁽١) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلى حيدر: ١/ ٢٠٣، ٢٠٣ المادة (٢٢٦).

⁽٢) انظر المادة (أ ٤٠٠) من الذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع الفانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٣١.

⁽٣) هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة (٣٣)) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه: « إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدرًا بحساب الوحدة، وجب على المشترى =

 (مادة ٤٥٢): إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبيّن مقداره مع بيان أثمان آحاده وأفراده، فإن ظهر عند التسليم تأمّا لزم البيع، وإن ظهر ناقصًا كان المشتري مخيرًا في فسخ البيع، أو في أخذ ذلك القدر بحصته من الثمن المسمى، وإن ظهر زائدًا كان البيع فاسدًا.

إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط، فإن ظهر عند التسليم تامًّا صح البيع ولزم، وإن ظهر ناقضاً أو زائدًا كان البيع في الصورتين فاسدًا، مثلاً: إذا بيع قطيع غتم على أنه خمسون رأسًا بألف وخمسماتة قرش، فإذا ظهر عند التسليم خمسة وأربعين رأسًا أو خمسة وخمسين فالبيع فاسد، أما إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة بدون تفصيل أثمان آحاده وأفراده، بل ذكر ثمن المجموع فقط، فإذا ظهر المجموع موافقًا للمقدار الذي بن حين عقد البيع فالبيع صحيح ولازم في المجموع المذكور كله؛ لأن المبيع والثمن معلومان، وإذا ظهر ذلك المجموع أنقص من المقدار المبين أو أزيد منه فني هاتين الصورتين يكون البيع فاسدًا في مجموع المبيع؛ لأنه إذا ظهر ناقصًا فلا تنقسم أجزاء الثمن على أجزاء المثمن في الأموال القيمية، وتكون بذلك حصة المقدار الناقص من الشمن المناهى وحكم المسمى مجهولة، وعلى ذلك يكون البيع فاسدًا، وهذا الفساد ناشئ لجهالة الثمن.

كذلك إذا ظهر زيادة في المبيع فلا تدخل تلك الزيادة في البيع ويجب ردها للباتع، ولكن بما أنها مجهولة فقد يكون ردها سببًا للنزاع، فعلى ذلك كان البيع فاسدًا، وفساده لجهالة المبيع، وقد ذكر في هذه المادة بيع المجموع ببيان ثمته فقط مع تفصيل أثمان آحاده وحكمه يجرى على مقتضاها.

مثال: إذا بيع خمسون رأسًا من الغنم بألفين وخمسمائة قرش فظهر عند التسليم تامًّا

⁼ إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ المقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه ٤.

وهذا النّصر لا يتناول إلا فرضًا واحدًا من الفروض التي يمكن أن تعرض في حالة زيادة المبيع على ما ذكر في المقد، وهو أن يكون الشمن مقدرًا بحساب الوحدة، ويكون المبيع غير قابل للتبميض، كها أنها تقابل المادة (٤٧٠) من النقذين الكويتي التي تنص على أنه:

١ - وإذا تين أن قدر الميج يزيد على ما حدد في العقد، وكان الثمن مقدرًا بالوحدة، فإن كان الميع قابلًا للتبعيض كانت
 الزيادة للبائع ما لم ير المشتري أخذها بإي بقابلها من الثمن، وإن كان الميع غير قابل للتبعيض، وجب على المشتري أن يدفع
 ثمن الزيادة، ما لم تكن جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ المقد.

٢ - فإذا كان الثمن مقدرًا جلة واحدة، تكون الزيادة للمشتري ما لم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها الباتع لما التم العقد، وفي هذه الحالة يكون المشتري بالخيار بين زيادة الشمن بها يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع. ٣ - وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره ، وتقابل المواد (٤٥٠، ١٥٤، ١٥٤، ١٥٤، ١/ ١) من القنين العراقي،

٣ - وكل دلك ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره ؟.وتقابل المواد (٣٤٥، ٥٤٥، ٥٤٥، ١/٥٤١) من التقنين العراقي، وتقابل المادة (٤٩٥) من التقنين الأردن، وقد تقدم ذكرها قبل قليل.

ليوع: نسليم الميم 🚤 🚤 🛶 🐪

فالبيع صحيح ولازم، أما إذا ظهر ناقصًا كأن ظهر خمسة وأربعين رأسًا أو ظهر زائدًا بأن كان خمسة وخمسين رأسًا فالبيع فاسد، وكذلك إذا بيع بستان على أنه محتو مائة شجرة مثمرة ووجدت الأشجار حاملة ثمرًا فالبيع صحيح ولازم، أما إذا ظهرت شجرة واحدة منها غير مثمرة فالبيع فاسد؛ لأن الثمر داخل في البيع بذكره والتصريح به، وله حصة من الثمن، أما إذا لم تكن الأشجار كلها حاملة فالبيع باطل، وينحصر البيع في الموجود فقط، ولكن بما أن حصة الموجود في الثمن مجهولة فيكون البيع فاسدًا".

وهذا يتفق ما ورد في المادة (٢٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: (إذا بيع عدد محدد من القيمي، ثم ظهر أنه أقل أو أكثر يفسد البيع، وإن بين ثمن كل من القيمي ونقص العدد، خير المشتري بين أخذ الأقل بقيمته أو الترك، وإن زاد فسد البيع،

وجاه في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه إذا قال البانع للمشتري: بعت لك ما في هذا الصندوق على أنه عشرة أثواب بمائة جنيه، أو قال له: بعت لك ما في هذه الحظيرة من الغنم على أنه مائة بكذا من المال، ولم يحدد لكل ثوب أو رأس من الغنم ثمناً، فنقص العدد أو زاد فسد البع، أو لا : لجهالة الثمن في النقصان؛ لأنه لا تنقسم أجزاؤه على أجزاء المبيع القيمي فسد البع، أو لا: لجهالة الثمن في النقصان؛ لأنه لا تنقسم أجزاؤه على أجزاء المبيع القيمي للشموس أو للرأس من الغنم الناقصة حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه، فكان الناقص من الثمن قدرًا مجهولًا، وثانيًا: لجهالة المبيع في فصل الزيادة؛ لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان في المردود.

أما لو حدد لكل ثوب أو رأس ثمنًا، بأن قال مثلًا: عشرة أثواب بمائة جنيه كل ثوب بعشرة، ونقص ثوب صبح البيع في الباقي بحصة من الثمن، وخير المشتري بين أخذه أو الترك؛ لتفرق الصفقة، وإن زاد ثوب فسد لجهالة المزيد، فتقع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الأحدعشر (نهر).

ولو رد الزائد أو عزله عن المبيع هل يحل له الباقي؟ روي عن محمد: أنه إن كان البائع غائبًا يعزل الزائد ويستعمل الباقي، وهذا استحسان أخذ به محمد نظرًا للمشتري؛ لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري بعدم الانتفاع بالمبيع لحين حضور البائع، وربما لا يحضر أو تطول غيبته، وإن كان البائع حاضرًا فلا مكان للعزل؛ لأنه يمكن تجديد المقد.

٨٢٠ ------ البيوع: تسليم المبيع

● (عادة ٥٠٣): في الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة إذا قبض المشتري المبيع وهو يعلم أنه ناقص فلا خيار له في الفسخ بعد القبض (١٠).

إن الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة إذا قبض المشتري المبيع مع علمه أنه ناقص لا يخير في الفسخ بعد القبض، لأن المشتري يكون قد رضي بتفريق الصفقة، فيأخذ المبيع الذي ظهر ناقصًا بمجموع الثمن المسمى.

مثال ذلك: إذا باع إنسان صُبرة من حنطة صفقة واحدة على أنها خمسون كيلة، وثمن كل كيلة منها عشرة قروش، فاستلم المشتري الصبرة وهو عالم أنها خمس وأربعون كيلة فلا يقى له خيار في فسخ البيع، بل يكون مجبرًا على أخذ الخمس والأربعين كيلة بأربعمانة وخمسين قرشًا.

عبارة (إذا قبض المبيع وهو عالم) احتراز عما إذا كان المشتري حين القبض غير عالم بوجود النقصان، وعلم به بعد القبض، ولم يظهر ما يدل على الرضا فالأحرى في ذلك أن يكون له الحق في رد المبيع، وقبض المبيع في المادة أي كله احتراز عما إذا قبض المشتري بعض المبيع؛ لأن حقه في رده لا يزول بقبضه بعضه.

فإذا قيل: بما أنه قد وجد رضاء بالمقدار المقبوض، ولم يوجد رضاء بالمقدار غير المقدار الذي المقبوض، ولم يوجد رضاء بالمقدار الذي المنقبوض، فليم لا يكون الرد جائزًا في المقدار الذي لم يقبض وغير جائزً في المقدار الذي قبض؟ فالجواب أن ذلك يجعل تفريقًا في الصفقة فلذلك منم، أما القول بوجوب الرضاء في القسمين بوجوده في قسم وهو المقبوض فغير صحيح؛ لأنه خلاف الواقى، فعليه قد أصبح ممنذ ثلاث صور: الأولى: أن يقبض المشتري الكل وهو عالم بنقصانه، الثانية: أن يقبض المكورة الكو وهو عالم بالنقصان، ففي الصورة الأولى ليس له خيار أما في الصورتين الأخيرتين فله ذلك.

. (١) مجلة الأحكام وشرحها لعلى حيدر: ١/ ٢٠٧ المادة (٢٢٩٠).

الفَضِلُالثَّانِيْ

في حق حبس المبيع لقبض الثمن وفى هلاك المبيع

(مادة ٤٥٤): للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن إن كان الثمن كله حالًا ()،
 ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحدة وسمى لكل منها ثمنًا فله حبسه إلى استيفاء كل الثمن ().

إن حق الحبس يثبت في بيع الشيء الواحد أو بيع الأشياء المتعددة صفقة واحدة بثمن معجل، ولا يثبت في البيع بالنسية، ولا يسقط حق الحبس بالرهن والكفيل والإبراء من قسم من الثمن وأداء قسم، وكما أن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فللمرتهن أن يحبس المرهون لاستيفاء الدين، إلا أن بين الحبسين فرقًا من ثلاثة وجوه:

الأول: إذا كان المبيع غائبًا فلا يلزم المشتري تسليم الشمن مطلقًا، لكن إذا كان الرهن غائبًا بأن كان في مدينة، وكان إحضاره يكلف المرتهن نفقة، فليس المرتهن ملزمًا بإحضار الرهن قبل استيفاء الدين.

الثاني: إذا أعار المرتهن الرهن للراهن، فلا يبطل حقه في الرهن ولا أن يسترده بعد ذلك، ولكن إذا أعار البائع المشتري المبيع، أو أودعه إياه يسقط حق البائع في حبس المبيع، وليس له استرداده من المشتري.

الثالث: إذا نقد المشتري البائع الثمن وقيض المبيع بإذن البائع، وتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو لم يتصرف، فظهر الثمن الذي أداء إلى البائع نقو ذا زائفة، فليس للبائع أن يبطل تصرفات المشتري وأن يسترد المبيع، أما المرتهن فله استرداد المبيع في هذه المسألة.

وهذا ما يتفق مع المادة (٣٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن، إلا إذا أحيل به أو أجله بعد البيع، أو سلم
 المبيع للمشتري ٤.

⁽١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٢) مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر: ١/٢٦٢، ٢٦٣.

٨٢٢ ----- اليوع: تسليم الميع

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن للبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الشمن من المشتري، فلو شرط المشتري دفع المبيع إليه قبل نقد الشمن فسد البيع؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وقال محمد: فسد البيع؛ لجهالة الأصل، فلو سمى وقت تسليم الشمن جاز، وللبائع أيضًا حبس المبيع ولو بقي درهم واحد من الشمن، ولو كان المبيع شيشن بصفقة واحدة سمى لكل ثمنًا، فله حبسهما إلى استيفاء ثمن الكل؛ متمًا لتفرق الصفقة (١٠).

تتفق هذه المادة مع المادة (٤٣٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(٢) ونصها:

١ - (إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له، ولو قدم المشتري رهنًا وكفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلًا بعد البيع.

 ٢ – وكذلك يجوز للبائع أن يحبس العبيع، ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن، إذا سقط حق المشتري في الأجل ٢٠٠٠.

(١) تقين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النمان المادة (٣٥) الطبعة التمهيدية، المجلس الأعلى
 للشؤون الإسلامية.

(٢) انظر المادة (٤٢٦) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع الفانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية

ص : ۱۹۶۰ ،۱۶۷. (۳) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٥٩) من مشروع القانون المدني المصري، و المادة (٥٠٣) من التقنين الكويتي، والمواد (٧٠٥ ، ٧٥٨ ، ٥٠٩ ، من الثقنين العراقي.

فالمادة ٧٧٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - و للبانع حق حبس الميع إلى أن يستوفي ما هو حال من الثمن، ولو كان الميع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة، فله
 حبم إلى أن يستوفي الثمن الحال، سواء شعي لكل منها ثمن أو لم يسم.

٢ - حق إعطاء المشتري رهناً أو كفالة بالثمن لا يسقط حق الحبس ٩.
 و المادة (٧٧٨) تنص على ما يأتي:

ر و المنافر (١٨٠٨) تنفي على ما يدي. أ - و إذا سلم البائع لليم قبل قبض الثمن، فقد أسقط حق حبم، وليس للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشترى ويجمعه إلى أن يستوق الثمن.

٢ - تَبَصُّ الشَّتري المبيع بدور إذن الباتع قبل أداء الثمن لا يكون معتبرًا، وللباتع حق استرداده، فإن هلك المبيع أو تعيب وهو في بد المشتري، يقلب الفيض معتبرًا، ويلزم المشترى بأداه ما في ذمته من الثمن؟.

و المادة (٧٩ ه) تنص على ما يأتي: ١ - • إذا كان الشمن مؤجلًا في عقد البيع أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع، فلاحق له في حبس المبيع، بل يلزم بتسليمه

· - • إذا مان النمن توجعه في علد النبيع أو رضي البناع بناجيته بعد النبيع، قار حق له في حبس النبيع، بل يكرم بسسيمه إلى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل.

- عل أنه يجوز للبائع أن يجبس المبيع حتى ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن، إذا كان المشتري قد أضعف ما قدمه من
 أن ينت للوفاه بالثمن، أو كان في حالة إعسار يوشك معها أن يضيع الثمن عل البائع، هذا ما لم يقدم المشتري كفافة .

ابيوع: تسليم المبيع 💴 💴 🚾

(مادة ٤٥٥): لا يسقط حق البائع في حبس المبيع بإعطاء المشتري له رهنا أو كفيلًا،
 ولا بإم إنه من بعض الثمن، بإله حبسه إلى استيفائه بتمامه.

إعطاء المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط حق الحبس، وكذلك إبراء البائع للمشتري من بعض الثمن المسمى لا يسقط حق البائع في حبس المبيع كله، فلذلك يحق للبائع أن يمسك المبيع حتى يقيض الثمن المعجل؛ لأن الرهن والوكالة هما توثيق للدين، وحق البائع في الاستيفاء بالفعل، والتوثيق لا يقوم مقام الاستيفاء (١٠).

وهذا ما يتوافق مع المادة (٣٥)، والتي تتضمن ما يلي:

لا يسقط حق الحبس بالرهن، أو بالكفيل، أو بإبراء البائع المشتري عن بعض الثمن ».

ولا يسقط حق الحبس بالرهن، ولا الكفيل، ولا بإبراء البائع المشتري عن بعض الثمن حتى يستوفي الباقي.

ويسقط حق الحبس بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقًا، كأن يكون البائع مدينًا لرجل، فيحصل ذلك الرجل على المشتري، فيأخذ دينه من الثمن، وكذا إذا أحال المشتري البائع بالثمن على رجل عند أبي يوسف، وعن محمد روايتان: سقوط الحبس، وعدم سقوطه.

و المادة (٥٣٠) تنص على ما يأتي:

⁼ و المادة (٨٠٠) تنص على أنه: •إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبع ودفع الثمن، فللبائع حق حبسه إلى أن يستوقي الثمن، أو تبيمه المحكمة وتؤدي للبائع حقه من ثمت، فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسرة للغرماء فيها يقي له ٥.

وتقابل المواد (٥٣٠ ، ٥٣٠) من التقنين الأردني.

فالمادة (٢٣ ه) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - ٥ للبائع أن يحتبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهنًا أو كفالة.

٢ - فإذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه في احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشتري ٤.

و المادة (٢٤) تنص على ما يأتي: ١ - ٩ إذا قبض المشتري الميم قبل أداء الشمن على مرأى من البائم ولم يمنعه كان ذلك إذنًا بالتسلم.

ب - وإذا فيهن المشتري بيني جن الحادة الثمن بدون إذن الباتع كان للباتع استرداده، وإذا هلك أو تعيب في يد المشتري ٢ - وإذا فيهن المشتري المبلغ قبل أداء الثمن بدون إذن الباتع كان للباتع استرداده، وإذا هلك أو تعيب في يد المشتري اعتبر منسلياً، إلا إذا شاء الباتم استرداده معيناً ».

١ - ٩ إذا تسلم المشتري المبيع ثم مات مقلسًا قبل أداه الثمن، فليس للباتع استرداد المبيع، ويكون الثمن دينًا على التركة،
 والباتع أسوة سائر الغرماء.

 ⁻ وإذا مات المشتري مفلسًا قبل تسلم المبيع وأداء الثمن، كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، ويكون أحق من
 سائر الغرماء باستيفاء الثمن منه.

٣ - وإذا قبض الباتع الثمن ومات مفلسًا قبل تسليم المبيع، كان المبيع أمانة في يده والمشتري أحق به من سائر الغرماه 6. (١) جلة الأحكام وشرحها لعل حيدر : ٢٦٦/١ المادة (٢٦٠).

٨٧٤ ----- البيرع: تسليم المبيع

ويسقط الحبس أيضًا بتأجيل الثمن بعد البيع، وبتسليم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن، فلبس له بعد قبض المشتري المبيع رده إليه، أما لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع، فلا يسقط حق الحبس، إلا إذا رأى البائع المشتري وهو يأخذ المبيع ولم يمنعه من القبض؛ لأن في هذه الحالة يكون إذنًا منه للمشترى بقبضه (١٠).

(مادة ٤٥٦): إذا أحال الباتع أحدًا على المشتري بكل الثمن، إن لم يكن قبض منه شيئًا، أو بما بقي له منه إن كان لم يقبضه كله، وقبل المشتري الحوالة سقط حق الباتع في حبس المسد".

إذا أحال البائع إنسانًا بثمن المبيع وقبل المشتري الحوالة نقد أسقط حق حبسه، وفي هذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن، وكذلك إذا أحال المشتري البائع على آخر بغبض الثمن، فقبل البائع أو أدى المشتري إلى البائع ثمن المبيع كله، أو أبرأه منه كله أو أجله كله؛ لأنه لا يبقى للبائع في هذه الصور حق في مطالبة المشترى بالثمن. ".

وهذا ما يتوافق مع المادة (٣٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

♦ (مادة 20 4): إذا أحال المشتري البائع بالثمن كله إن كان كله في ذمته أو بما بقي في ذمته، إن كان أدى بعضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه في حبس المبيم.

تُبطل الحوالة بالثمن حق الحبس عند أيي يوسف، سواء كانت الحوالة من المشتري، بأن أحال المشتري البانع بالثمن على إنسان، وقبل المحال عليه الحوالة، أو من البانع بأن أحال البانع غريمًا له على المشترى.

وقال محمد: إن كانت الحوالة من المشتري لا تبطل، وللبائع أن يحبس المبيع حتى

 (١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة المادة (٣٥)، الطبعة التمهيدية، بجمع البحوث الإسلامية.

⁽٢) يستفاد حكم هذه المادة والمادة التي بعدها في أواخر فصل فيها يدخل في البيع تبعًا... إلخ، من الدر المختار، ورد المحتار ص: ٤٢، وفي الثانية خلاف محمد في إحدى روايت.

⁽٣) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلى حيدر: ١/ ٢٦٦ المادة (٢٨٢).

يستوفي الثمن من المحال عليه، وإن كانت من البائع، فإن كانت مطلقة لا تبطل أيضًا، وإن كانت مقيدة بما عليه تبطل، فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري، وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة، فيطل حق الحبس، ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة؛ لبقاء حق الحبس، وحق المطالبة لم يبطل بحوالة المشتري، ألا ترى أن له أن يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس، وبطلت حوالة البائع إذا كانت مقيدة بما على المحال عليه، فبطل حق الحبس،

والصحيح اعتبار محمد؛ لأن حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن؛ لا مع قيام الثمن في ذاته، بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلًا لا يثبت حق الحبس، والثمن في ذمة المشتري قائم، وإنما سقطت المطالبة، فدل أن حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن؛ لا قيام الثمن في ذاته، وحق المطالبة في حوالة المشتري، وحوالة البائع إذا كانت مطلقة فكان حق الحبس تابئا، وفي حوالة البائع إذا كانت مقيدة يتقطع، فلم يتقطع حق الحبس، وعلى هذا الخلاف إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على رجل، أو أحال المرتهن غريمًا له بدينه على ما الراهن حوالة مي يوطل عن حق حبس الرهن عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يبطل في حوالة الراهن، وكذا في حوالة المرتهن إذا كانت مطلقة، وإن كانت مطلقة، وإن كانت

وهذا يتوافق مع المادة (٢٨٧) من مجلة الأحكام المدلية لعلي حيدر، ومع المادة (٣٥) أيضًا من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

(عادة ٤٥٨): إذا كان الثمن مؤجلًا في عقد البيع أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع، فلاحق
 له في حبس المبيع، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري⁽¹⁾ ولا يطاله بالثمن قبل حلول الأجل⁽¹⁾.
 إذا باع حالًا أي معجلًا ثم أجل البائع الثمن، سقط حق حبسه للمبيع، وعليه حينتذ

⁽١) تنفق هذه المادة مع المادة (٤٢٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٢) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر: ١/ ٢٦٨ المادة (٢٨٤).

٨٢٦ ----- اليوع: تسليم المبيع

المشتري على أن يقبض الثمن حين حلول الأجل، وليس للبائع حبس المبيع شهرين وطلب تأخير المبيم حتى يقبض الثمن.

ولو كان الثمن مؤجلًا في العقد فلم يقيض المشتري المبيع حتى حل الأجل، فله أن يقبضه قبل نقد الثمن، وليس للبائع حق الحبس؛ لأنه أسقط حق نفسه بالتأجيل، والساقط متلاش فلا يحتمل العود، وكذلك لو طرأ الأجل على العقد، بأن أخر الثمن بعد المقد فلم يقبض البائم حتى حل الأجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن، ولا يملك البائم حبسه لما قلنا.

ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض المشتري حتى حل الأجل، هل له أجل آخر في المستقبل؟ ينظر: إن ذكرا أجلاً مطلقاً بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة، فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الثمن حالًا، وليس له أجل آخر، وإن ذكرا أجلًا بعينه، بأن باعه إلى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان، صار الثمن حالًا بالإجماع.

قد جاه في شرح المادة (٢٨٤) من مجلة الأحكام العدلية أنه: « لو باع حالًا أي معجلًا ثم إليان الثمن سقط حق حبسه للمبيع، وعليه حيتئذ أن يسلم المبيع للمشتري على أن ثم أجل البائع فيما بعد في حكم التأجيل ابتداء، فيكون قد أسقط حقه في حبس المبيع، وليس له أن يحبس المبيع إلى حلول الأجل، مثال ذلك: أن يبع شخص مالًا من آخر بمائة قرش بثمن معجل ثم يؤجل ذلك الثمن شهرين، فعلى البائح. أن يسلم المبيع في الحال إلى المشتري على أن يقبض الثمن حين حلول الأجل، وليس للبائع حس المبيع في الحال إلى المشتري على أن يقبض الثمن حين حلول الأجل، وليس للبائع حس المبيع شهرين وطلب تأخير المبيع حتى يقبض الثمن عن

(مادة ٤٥٩): إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه^(١)، فليس له بعد.
 ذلك أن يسترد المبيع^(١).

إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه، وفي هذه العسورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري، ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن، وبذا إن حق البائع في حبس المبيع يسقط بأحد عشر سببًا:

١ - أن يسلم البائع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن المعجل، ولو كان البائع ولي الصغير.

⁽١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٢) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر: ١/ ٢٦٦، ٢٦٧ المادة (٢٨١).

- ٢ أن يودعه المشتري.
 - ٣ أن يعيره إياه.
- ٤ إذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع فسكت.
- ٥ إذا قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع ثم أجاز الباتع بعد ذلك القبض.

٦ - أن يشتري شخص الدار التي يسكنها، ففي هذه الأحوال الست يسقط حق البائع في حبس المبيع، انظر المادة (٢٧٦) (هندية خلاصة، بزازية)، وفي هذه الأحوال الستة أيضًا ليس للبائع حبس المبيع أو استرداده؛ ليحبسه حتى يقبض الثمن، ففي الصورة الثالثة مثلًا: لا يحق للبائع أن يسترد المبيع من المشتري لحبسه في يده حتى يستوفي الثمن، بل للبائع أن يطلب ثمن المبيع من المشتري في الحال، أما الأسباب الخمسة الأخرى التي يسقط بها حق حبس المبيع فسيجيء الكلام عليها في شرح المادة الآتية، لكن إذا قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع صراحة أو دلالة، فلا يعتبر قبضه كما تقدم، ويفهم من ذكر البائع بصورة مطلقة شمول البائع للأصيل والوكيل والولي، فبناء عليه: إذا باع شخص مال ولده الصغير بثمن معجل، وسلم المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن منه يسقط حق حبسه للمبيع، وليس له استرداد المبيع لحبسه حتى يقبض الثمن.

(مادة ٤٦٠): إذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية بطل البيع،
 ويرجم المشترى على البائم بالثمن إن كان مدفوعًا(١٠٠).

المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع، ولا شيء على المشتري، وكذلك إذا تلف المبيع في يد من سلم إليه المبيع بانفاق الطرفين؛ ليحفظه إلى أداء الثمن فلا يترتب شيء على المشتري، بل ينفسخ البيع، ويعود الضرر والخسارة على البائع، سواء أكان المبيع منقولًا أم عقارًا؛ لأن المبيع ما لم يسلم إلى المشتري فهو في ضمان البائع، سواء اتفق الطرفان على أن يعود الخسران في ذلك على المشتري أم لا، وسواء أكان البيع بأنًا أم مشترطاً فيه الخيار للبائع أو للمشتري، فكما أنه إذا تلف المبيع كله قبل قبضه تعود الخسارة فيه على البائع مكا سيتضع، تعود الخسارة فيه على البائع كما سيتضع، ولا يترتب على البائع ضمان باستهلاكه للمبيع، مثلا: إذا باع شخص مالًا له يساوي عشرة دنانير ذهبًا بستة وندم على ذلك، فاستهلك المال فليس للمشتري أن يضمن البائع عشرة المال فليس للمشتري أن يضمن البائع عشرة

⁽١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

٨٧٨ ------ اليوع: تسليم الميم

الدنائير قيمة هذا المال؛ لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن وبهلاكه يسقط الثمن، فلا يجوز مع ذلك أن يكون مضمونًا بقيمته؛ لأنه لا يجتمع ضمان الثمن وضمان القيمة، فعلى ذلك إذا كان البائع قبض ثمن المبيع وجب عليه أن يرده إلى المشتري، وإذا لم يقبضه فليس له أن يطالب به، وتلف المبيع قبل القبض له خمس صور:

- ١ أن يكون بآفة سماوية.
 - ٢ باستهلاك البائع له.
- ٣ أن يكون المبيع بهيمة فتهلك نفسها، بهذه الصور الثلاث المذكورة ينفسخ البيع،
 ويسترد المشترى الثمن من البائم إذا كان قد دفعه إليه(١٠).

وهذا يتوافق مع ما ورد في المادة (٢٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: (إذا هلك المبيع قبل قبضه بآفة سماوية أو بفعل البائع أو المبيع بطل البيع ٢٠٠٠.

تتفق هذه المادة كذلك مع المادة (٤٠٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(°)، ونصها:

إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه، انفسخ البيع واسترد
 المشتري الثمن الذي أداء، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسليم المبيع (10).

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٧٤، ٢٧٥ المادة (٢٩٣).

 (٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النمان المادة (٣٧)، الطبعة التمهيدية، بجمع البحوث الإسلامة.

(٣) انظر المادة (٤٠٤) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا الأحكام الشريعة الإسلامية
 ص: ١٣٣ .

(ع) مذه المادة تقابل المادة (۱۳) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص عل أن: • إذا هلك المبيع قبل السليع يسبب لا يد للبائع فيه الضبخ البيع واسترد المشتري الشون إلا إذا كان الهلاك بعد إصار المشتري نسلم المبيع ع. ويتفق ذلك مع أحكام المنته الإسلامي التي يتجعل الهلاك عل البائع قبل السليم، فيد البائع على المبيع قبل المنبض يد ضبان لا يد أمانته المنظر المادة (۲۰) من عبلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحد بن حيل التي تنص على أن

و تقابل خذلك المراد (۱۷/ و ۱۷/ و ۱۶۸) ، ۱۸ من الفتين الكورتي. فالمادة (۲۷٪) من هذا الفتين تنص عل أنه: • وإذ الملك الميم قبل تسليمه لسبب أجني لا يد لأحد العاقدين فيه، انفسخ

البيع واسترد المشتري ما أداء من الشعن، وذلك ما لم يكن الهلاك بعد أعذار المشتري أنسلم المبيع ، . و النادة (٧٩) تصرع على أن: وإذا هلك المبيع في جزءت أو خقه الناف قبل النسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد العافدين في كان للمشتري الحق في إنقاص المن بقدر ما نقص من قبية المبيع، فإذا كان الهلاك أو الناف جسباً بعيث لو كان =

(مادة ٤٦١): إذا هلك المبيع بعد القبض بفعل المشترى فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقًا

« موجودًا عند البيع لما أبرهم، كان له فسخ البيع، وذلك كله إذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل إعدار المشتري؛ لتسلم المبيع ؟.

و المَّادة (٤٨٠) تنص على ما يأتي:

١ - ١ إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري بقي ملتزمًا بالثمن كاملًا.

- فإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلى البائع، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو إنقاص الثمن بقدر نقص
 القيمة، وذلك دون إخلال بحقه في التمويض إن كان له مقتضى.

وتقابل المواد (٥٠١،٥٠١) من التقنين الأردني.

فالمادة (٥٠٠) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - 9 إذا هلك الميح قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتابعين فيه انفسخ اليع واسترد المشتري ما أداه من الشمن.
 ٢ - فإذا تلف بعض الميم غير المشتري إن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن ٥.

و المادة (٥٠١) تنص على ما يأتي:

١ - ١ إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضًا للمبيع ولزمه أداء الثمن.

اإذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما يقي منه ٤.
 و المادة (٢٠٥) تنص على ما يأن:

 ١ - ٩ إذا هلك المبع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسنح البيع، وإن شاء أجازه، وله حق الرجوع عل الملك بضهان مثل المبيع أو قيمت.

٢ - وإذا وقع الإتلاف على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية:

(أ) فسخ البيع.

(ب) أخذ الباقي بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيها تلف.

(جـ) إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف .

وتقابل المادتين (٤٧ ه، ٥٤٨) من التقنين العراقي:

فالمادة (٥٤٧) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - ٩ إذا هلك المبع في بد الباتع قبل أن يقيضه المشتري بيلك على الباتع ولا نهيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك
 بعد إعذار المشتري السلم المبع، وإذا تقصت قيمة المبع قبل التسليم بتلف أصابه، فالمشتري غير بين فسخ البيع وبين
 بقائه مع إنقاص الصن.

ح عل أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البانع، وجب دفع الشمن
 كاملًا في الحالة الأولى وإلزام البانع بالتعويض في الحالة الثانية ».

و المادة (٥٤٨) تنص على ما يأتي:

١ - و ما يقبض عل سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض، لزمه الضيان، أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه.

٣ - وما يقيض على سوم النظر، سواه بين ثمته أو لم يين، يكون أمائة في بد القابض، فلا يضمن إذا ملك دون تعد ٥. وواضع من هذه النصوص، مواه في النفتين الكويتي أو القنين الأردق أو النفتين المراقي، أن أحكامها تنفي مع أحكام المائة (٢) وما بمدها من مرشد الحيران، وذلك فيها منا أن القنين العراقي بزيد عل ذلك فيين من يتحمل تبعه الملاك القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر مستمدًا ذلك من أحكام الفقه الأسلامي.

وفي الفقه الإسلامي يد القابض على سوم الشراء، إذا سمى الثمن يد ضهان، وإذا لم يسم الثمن في سوم الشراء، وسواء =

أو بشرط الخيار له، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدًا لزمه ضمان مثله إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان قيميًّا.

إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع، أي إذا تلف كل المبيع أو بعضه في يد المشتري، أو وكيله بفعل نفسه أو تعدى المشتري أو غيره، فإن كان قبل وفع المشترى الثمن المعجل أصبح مجيرًا على أذاته (١٠)

وقد تقدمت المقارنة بين ما جاء في هذه المادة وبين ما اشتملت عليه القوانين المدنية العربية من أحكام في هذا الصدد.

(مادة ٤٦٢): إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل أجني، فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وبنيء المبتع البيع، ويضمن مثله لو مثليًا أو قيمته لو قيميًا، وإن شاء أمضى البيع ودفع الثمن ورجع على المتعدّى⁽¹⁾.

د إذا اشترى شخص من آخر مالا فأرسل رسولا؛ لقبضه من البائع، فقبضه الرسول وتلف في يده، فالخسارة على المشتري؛ لأن الرسول قبض بأمره، وكذلك إذا قال شخص لآخر:
زن لي من هذا السمن عشرة أرطال وسلمها إلى أجيرك أو أجيري، فبعد أن سلم البائع ذلك
إلى الأجير تلف في يده، فالتلف على المشتري؛ لأن أجير البائع أو أجير المشتري كان وكيلا
له في قبض المبيع، أما إذا قال المشتري للبائع: زن لي من هذا السمن عشرة أرطال وأرسله
إلى داري مع أجيرك أو مع أجيري، فوزن البائع السمن ودفعه إلى أجيره أو أجير المشتري،
فكسر إناء السمن وتلف السمن عادت الخسارة فيه على البائع؛ لعدم وجود القبض، والفرق
في المثالين أنه استعمل في الأول لفظة (تسليم)، فيعتبر ذلك وكالة من المشتري بقبض
المبيع، واستعمل في الثاني لفظة (الإرسال)، فلا يعتبر ذلك وكالة من المشتري للأجير
بقبض الثمن ».

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تتضمن أنه: ﴿ إن هلك المبيع بفعل أجنبي فالضمان عليه وخير المشتري بين الفسخ والإجارة ›، فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ ويضمن الجاني للبائع،

⁼ سمى أو لم يسم في سوم النظر، فإن يد القابض تكون يد أمانة، فيهلك الشيء على المالك لاعلى القابض.

 ⁽١) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ١/ ٢٧٦ المادة (٢٩٤).
 (٢) شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر: ١/ ٢٧٦.

وإن شاء أمضى البيع ودفع الثمن وطالب الجاني، ويحل له ما زاد عما دفعه إن كان الضمان خلاف الثمن، أما إذا كان من جنسه فلا تحل له الزيادة؛ لشبهة الربالا".

...

♦ (مادة ٤٦٣): إذا مات المشتري مفلسًا بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن، فالبائع أسوة الغرماء، ولو وجد متاعه باقيًا بعينه، فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشتر . (").

« إذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلسًا قبل أداء الثمن، فليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء، وكذلك ليس له أن يطالب ببدله فيما إذا تلف أو باعه من آخر، وكل هذا فيما إذا كاف الثمن مؤجلًا، ومعناء أن يباع المبيع، ويقسم بدله مع سائر أمواله على غرمائه حسب ديونهم؛ لأن البائع بتسليمه المبيع إلى المشتري قد أبطل حق حسم للمبيع، خلافًا للشافعي، وله أن الثمن أحد البدلين في البيع، فإذا تمذر تسليمه ثبت حق البائع في المبيع كما إذا لم يقبضه المشتري ومات مفلسًا، والمراد من المفلس هنا الذي ليس له مال يسد جميع ديونه سواء أحكم الحاكم بإفلاسه قبلاً أم لم يحكم ؟.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي تنص على ما يلي: "إذا مات المشتري مفلسًا بعد قبض المبيع وقبل دفع الشمن، يكون الشمن دينًا على التركة، ويتقاسم البائع مع باقي الدائين قسمة الغرماء ؟.

وجاه في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه: « إذا قيض المشتري المبيع ولم يدفع الثمن ومات مفلسًا بمعنى أنه ليس له مال يفي ما عليه من الديون، سواء فلسه القاضي أو لا، فالبائع أسوة للغرماء، بمعنى: أن المبيع لو كان قائمًا لا يطالب البائع به، بل يكون المبيع بيته وبين سائر الغرماء يقتسمون بنسبة ما لكل منهم قبل المشتري.

وإن كان المشتري لم يقبض المبيع، فالبائع أحق به، يحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت، أو يبيعه القاضي ويدفع له الثمن، فإن وفي بجميع دين البائع فبها، وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقي له من الثمن، وليس المراد بكونه أحق به، أن يأخذه مطلقًا؛ إذ لا وجه لذلك؛ لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته لورثته،

 ⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النميان، الطبعة التمهيدية، القسم الرابع، مجمع البحوث الإسلامية.

⁽٢) مجلة الأحكام وشرحها لعلى حيدر : ١/ ٢٧٦ المادة (٢٩٥).

٨٣٢ = البيوع: تسليم المبيع

وتعلق به حق غرمائه، وإنما كان أحق من باقي الغرماء؛ لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن في حياة المشتري، فكذا بعد موته الأ⁽⁾.

● (مادة ٤٦٤): إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فالبائع أحق بحبسه إلى إلى المشتوفي الثمن من تركة المشتري، أو يبيعه القاضي ويؤدي للبائع حقه من ثمنه، فإن زاد الشمن عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص ولم يعرف حق البائع بتمامه، فيكون أسوة الغرماء فيما بقي له.

إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبيع وأداء الثمن، كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري، وفي هذه الصورة بيبع الحاكم المبيع فيوفي حق البائع بتمامه، وإن بيع بأنقص من الثمن الأصلي أخذ البائع الثمن الذي بيع به، ويكون في الباقي كالغرماء وإن بيع بأزيد أخذ البائع الثمن الأصلي فقط، وما زاد يعطى إلى الغرماء؛ ذلك أن حق البائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ثمنه جميعه، وليس لسائر الغرماء أن يدخلوا في المبيع، وهذا باتفاق أثمة الحنفية والشافعية؛ لأن المبيع محبوس لاستيفاء الثمن، وكما أن للبائع حق حبس المبيع في حياة المشتري، فله ذلك بعد وفاته، وكما أن المرتهن أحق من سائر الغرماء فكذلك البائع، وليس للبائع أن يأخذ المبيع على أنه ملك له؛ لأنه ملك المشتري وينتقل إلى ورثته بعد وفاته ويعمل به حق الغرماء.

وإنما يبيع القاضي المبيع؛ لأن الورثة لا يملكون التركة المستغرقة بالديون، فليس لهم أن يتصرفوا فيها بالبيع والهبة، وصار بيع التركة من وظائف القاضي، وإذا باع الورثة التركة فللغرماء نقض البيع، أما إذا باع القاضي التركة ببدل المثل فليس للغرماء نقض البيع، والمقصود من بدل المثل قيمته الحقيقية، فعليه لا يجوز للقاضي أن يبيع التركة بغين فاحض".

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيقة النمان، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامة.

⁽٢) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٨٠ المادة (٢٩٦).

 (عادة ٤٦٠): إذا مات البائع مفلسًا بعد قبض ثمن العبيع وقبل تسليمه للمشتري، فالمشتري أحق به من سائر الغرماء، وله أخذه إن كانت عبته قائمة، أو استرداد الثمن إن كان قد هلك عند البائم أو عند ورثه (١٠).

« لو مات البائع مفلسًا بعد قبض الثمن، وقبل تسليم المبيع يكون المشتري أحق به؛ لأنه ليس للبائع حق حبسه في حياته، بل للمشتري جبره على تسليمه ما دامت عيته باقية، فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضًا؛ إذ لا حق للغرماء فيه بوجه؛ لأنه أمانة عند البائع، وإن كان مضمونًا بالثمن لو هلك عنده، ومثله الرهن، فإن الراهن أحق به من غرماء المرتهن ™.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (۲۹۷) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على ما يلي:

« إذا قبض البائع الثمن ومات مفلسًا قبل تسليم المبيع إلى المشتري، كان المبيع أمانة في يدالبائع، وفي هذه الصورة يأخذ المشتري المبيع ولا يزاحمه سائر الغرماء، يعني لا يدخل المبيع فيما يقسم بين الغرماء؛ لأنه لا حق للغرماء فيه؛ لكونه ليس معدودًا من التركة "".

⁽١) يستفاد حكمها من أواخر فصل فيها لا يدخل في البيع تبعًا... إلخ، من رد المحتار ص : ١٤٤.

⁽٢) جاء في حاشية رد المحتار ٤/ ٥٦٤.

⁽٣) مجلة الأحكام وشرحها لعلى حيدر: ١/ ٢٨٠، ٢٨١ المادة (٢٩٧).



♦ (مادة ٤٦٦): المصاريف المتعلقة بالثمن، كعدُّه ووزنه تلزم المشتري وحده، وكذلك مصاريف الحمل.

أما كون أجرة وزن الثمن على المشتري، فهو باتفاق الأئمة الأربعة، وأما الثاني فهو ظاهر الرواية، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، وهو الصحيح كما في الخلاصة؛ لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد، وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن، ولا فرق بين أن يقول: دراهمي منقودة، أو لا، هو الصحيح، خلافًا لمن فصل وتمامه في النهر (١٠).

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٨٨) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على ايلي:

« المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم على المشتري، مثلا: أجرة عد النقود ووزنها وما أشبه ذلك تلزم على المشتري، والتسليم لا يكون للا تلزم على المشتري، والتسليم لا يكون إلا بالعد والموزن، والموزنة من تمام التسليم، وكذا مؤنة تسليم المبيع على البائع، إلا إذا كان جزائًا، أما أجرة الدلال فهي على البائع، إلا إذا وفق الدلال بين البائع والمشتري، فإنه يأخذ أجرته منهما أو من أحدهما حسب عرف البلدة، ولا أجرة للدلال إذا باع المال فضولًا وأجازه المالك، وقد سنت الحكومة العثمانية بتاريخ (١ صفر سنة ١٣٠٦هـ) نظامًا خاصًا للدلالين والسماسرة، وعينت حقوق الدلالين والسماسرة ووظائفهم وأجورهم (١).

وهذا ما تناولته المادة (٤٣١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية^(٢)، ونصها:

« تكون على المشتري نفقات عقد البيع، ورسوم الدمغة والتسجيل، ونفقات الوفاء

⁽١) حاشية رد المحتار على الدر المختار : ٤/ ٥٦٠.

⁽٢) عجلة الأحكام العدلية للأتاسي المادة (٢٨٨) ص : ٢٢٩.

⁽٣) انظر المادة (٤٣١) من اللَّذكرة الإيضاحية للآفتراح بمشروع الفانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٤٩.

بالثمن ونفقات تسليم المبيع ونحو ذلك من مصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ١٠٠٠.

♦ (مادة ٤٦٧): على البائع مصاريف التسليم (٢) مأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه (٢٠٠٠ اتفق الفقهاء على أن أجرة الكيًّال للمبيع، أو الوزَّان أو الذَّرَاع أو المدًّاد تكون على البائع، وكذك مؤنة إحضاره إلى محل العقد إذا كان غائبًا؛ إذ لا تحصل التوفية إلا بذلك ، ١٠٠٠ .

(قوله: لأنه من تمام التسليم) إذ لا يتحقق تسليم المبيع إلا بكيله ووزنه ونحوه، ومعلوم أن الحاجة إلى هذا إذا باع مكايلة أو موازنة، ونحوه، إذ لا يحتاج إلى ذلك في المجازفة، وكذا صب الحنطة في وعاء المشتري على الباتم (فتح).

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٨٩) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها للأتاسي، والتي تنص على ما يلى:

(١) هذه المادة تقابل المادتين (٤٦٢) و (٤٦٤) من مشروع القانون المدني المصري.

فالمادة (٤٣٧) من هذا التقنين تنص على أن: • نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون عل المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ٤.

والمادة (٤٦٤) تنص على أن: ٥ نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك ٤.

وهذه المادة تنقل في حكمها مع المادة (۶۳) ، مدني سوري، (۹۸) ، مدني عراقي، و المادة (۵۰) من التقنين الكويتي التي تنص عل أن: 1 يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاه بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ٤ .

وتتفق في حكمها مع المادتين (٥٨٣) و (٥٨٧) من التقنين العراقي.

فالمادة (٩٨٣) من هذا التقنين تنص على أن: • نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ٢.

والمادة (٥٨٧) تنص على أن : ٩ نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك ٩.

وتنفق في حكمها مع ما جاء في المادة (٥٦١) من التقنين الأردني التي تنص على أن : 9 نفقات تسليم الثمن ومقد اليع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع، ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقفى بغير ذلك ؟.

وتنفق هذه الأحكام المادة المفترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد انظر في هذا: ابن عابدين : ٢٤/٤، و المادة (٣١) من مشروع تفنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية، والمواد (٢٨٨)، (٢٨٩) ، (٢٩٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٣١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) رد المحتار : ٤/ ٥٥٩.

(٤) الموسوعة الفقهية : ٩/ ٣٤.

د المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم على البائع وحده مثلًا: أجرة الكيال للمكيلات والوازن للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده » وتلزم البائع أيضًا أجرة وضع المبيع في وعاء المشترئ؛ لأن الذرع والوزن والكيل من تتعة التسليم "".

وقد تقدم ما جاء في المادة (٥٣١) من القانون المدني الأردني من النص على أن نفقات نسليم المييم تكون على البائم، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

♦ (هادة ٢٦٨): أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري^(۱).

أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري، والمراد: لكن يلزم البابع قو الإشهاد عليه في المحكمة من السند والحجة، سند البيع أو حجته. ولا يجبر المشتري البائع على أن يتحمل كتابة السند، له سند, وحجة البيع، إلا أنه إذا كتب المشتري سند البيع وطلب من البائع أن يقرر البيع بمحضر الشهود وجب على البائع أن يقرر البيع بمحضر الشهود وجب على البائع أن يقرر البيع بمحضر الشهود والمن يقرير البيع بمحضر عنه المنافع على تقرير البيع بمحضر عنه المحكمة الذي يرسل إليه لتسجيل البيع، فإذا امتنع البائع على تقرير البيع والإشهاد فالمشتري يراجع الحاكم، فإذا أقر البائع بعضرة الحاكم يسجل المبيع.

وليس للمشتري أن يطالب البائع بالذهاب إلى محضر الشهود، كما أنه ليس له أن يطلب منه أن يسلم إليه حجة المبيع القديمة التي في يد البائع، فلذلك إذا باع شخص الدار التي اشتراها من شخص لشخص آخر بثمن معلوم، وسلمه المبيع وطلب من المشتري الثمن، فليس للمشتري أن يمتنع من أن يؤدي إلى البائع الثمن حتى يسلم البائع إليه حجة البيع التي كتبت لله حينما اشترى المبيع وسجلت عند القاضي، لكن إذا طلب من البائع صورة مصدقة من تلك الحجة يجبر البائع على السماح للمشتري بأخذ تلك الصورة، على أن تكون نفقة ذلك على المشترى"،

⁽١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي المادة (٢٨٩) ص : ٢٢٩.

⁽٢) تنفق هذه المادة مع المادة (٤٣١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٣) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر : ١/ ٢٧٢، ٢٧٣ المادة (٢٩٢).



(مادة ٤٦٩): كل ما جرى عُرف البلدة على أنه من متناولات المبيع أو كان متصلًا بالأرض.
 اتصال قرار، سواء كان اتصاله خلقيًّا أو صناعيًّا يدخل في البيع تبمًّا بلا ذكر.

كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات البيع يدخل في البيع من غير ذكر؛ لأن المعروف كالمشروط، مثلاً: في بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار والمحزن الذي تحت الدار، وفي بيع حديقة الزيتون تدخل أشجار الزيتون من غير ذكر؛ لأن المطبخ والكيلار من مشتملات الدار، وحديقة الزيتون تطلق على أرض تحتوي على أشجار الزيتون، فلا يقال لأرض خالية: حديقة زيتون، ويدخل في بيع الدار كل ما كان داخلاً ضمن حدوهما الأربعة؛ لأن كلمة دار في العرف الشائع المستقيض: اسم للمكان المشتمل على الحجر والمطبخ.

وكذلك اسم الحديقة متناول لما فيه من الشجر ودال عليه وضعًا وعرفًا(١).

وتنفق هذه المادة مع المادة (٣٩٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (٢٠) ونصها:

في شمل التسليم ملحقات المبيع، وبوجه خاص كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك
 وفقًا لقصد المتعاقدين وعرف الجهة وما تقضى به طبيعة الأشياء ٢٠٠٤.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بعشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٣٩٨)

(٣) هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (٣٣) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص عل أنه: 9 يشمل التسليم ملحقات الشيء المبع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقًا لما تفضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ١.

والقاعدة: أن أول ما يرجع إليه في هذا التحديد هو الاتفاق، فإذا وجد اتفاق على اعبار شيء من الملحقات أو عدم اعتباره كذلك، وجب الأخذ بها قصد إليه المعاقدان في هذا الاتفاق، وإذا لم يوجد اتفاق، وجب الأخذ بها يقضي به العرف، وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب اتباع ما تفضى، وطيعة الأشياء.

ويتفق ذلك مع ما جاء في المادتين (٥٣٦، ٥٣٧) من التقنين العراقي:

فالمادة (٥٣٦) من هذا التقنين تنص على ما يأتي: (على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن... ١. =

⁽١) مجلة الأحكام العدلية للأتاسي المادة (٢٣٠).

﴿ مادة ٤٧٠]: فيدخل في الدار بحدودها كل ما كان مبنيًّا أو مثبيًّا فيها أو متصلًا ببنائها التصال ببنائها الداخل فيها إلا الخارج عنها ولو كان بابه فيها، إلا إنفا كان أصغر منها فيد خار تبعًا.

وما لا يكون من بنائها ولا من توابعه المتصلة به فلا يدخل في البيع، إلا إذا جرت عادة البلدة وعُرْف أهلها على أن البائع لا يضن به ولا يمنعه عن المشتري.

ما كان في حكم جزء من المبيع، أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظرًا إلى غرض الانفكاك عن المبيع نظرًا إلى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر، متلًا: إذا بيع قفل دخل مقتاحه، وإذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع من غير ذكر، وبعبارة أخرى: الأشياء المنفصلة المنفولة التابعة للمبيع والتي يتوقف عليها الانتفاع بالمبيع هي في حكم جزء المبيع وفي حكم المتصل به، فكما أنها إذا ذكرت وصرح بها في البيم تدخل في، فكذلك إذا لم تذكر ولم يصرح بها؛ لأنه لا ينتفع بالففل بغير مفتاح، كما لا ينتفع بالمفتاح بغير قفل، لم تذكر وفي البيم أصالة.

كما إذا اشترى إنسان قفلًا من الحداد من غير أن يذكر دخول المفتاح في البيع أو عدم دخوله فالمفتاح داخل في هذا البيع، وما يدخل في البيع تبدًا، كما إذا بيعت دار فالأففال التي على أبواب هذه الدار تدخل في البيع تبدًا، أما في بيع الفرس ذات الفلو فإن كانت في مجلس البيع بغير فلوها فلا يدخل الفلو في البيع بدون ذكره، كما إذا بيعت وهي غائبة عن مجلس البيع ولم يذكر الفلو في البيع، وإذا حضرت هي وفلوها مجلس البيع ولم يذكر في البيع ما يدل على دخول الفلو أو عدم دخوله فإنه يدخل في البيع بناء على العرف.

والمادة (٥٣٧) تنص على ما يأي: 3 يدخل في البيع من غير ذكر:

 ١ - ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرًا إلى الغرض من الشراء، فإذا ببعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها الرضيع.

٢ - توابع المبع المتصلة المستقرة، فإذا يبعت دار دخل البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار، وإذا يبعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار. ٣ - كل ما يجرى العرف على أنه من مشتملات المبيم ٤.

وتنفن في ذلك مع ما جاء في المادة (٩٠٠) من التغنين الأردني التي تنص عل ما يأني: ٩ يشمل التسليم ملحقات المسيح وما اتصل به اتصال قرار، وما أعد لاستمهاله بصفة دائمة، وكل ما يجري العرف على أنه من توابع المسيح ولو لم تذكر في العقد)

وتنفق في ذلك أيضًا مع ما جاء في المادة (1809) من التغنين الكويتي التي تنص على ما يائي: (يشعل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتولك وفقًا لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد التعاقدين ، انظر المادة (٧٧٣) من المشروع التمهيدي للتغنين المصرى الحالي.

وكذلك إذا اشترى رجل شجرة للقطع من بستان آخر، فإذا بين موضع قطّبها قطّبها من الموضع الذي يبيَّن، وإلا فله قطُعُها من عروقها، أما إذا شرط البائع قطمها من وجه الأرض وجب قطمها من حبث شرط، كما أنه إذا كانت الشجرة مجاورة لحائط وكان قطمها من عروقها مشرًّا بالبائع وجب على المشتري أن يقطمها من وجه الأرض، وإن يكن البيع على هذا الوجه، أي لم يبين فيه أن موضع القطع من وجه الأرض فتكون العروق داخلة في البيع، إلا أنه ليس للمشتري أن يحفر الأرض لاستئصال الشجرة من عروقها، بل يقطع الشجرة حسب الموف والمادة الجارية، وكذلك إذا اشترى شجرة ليقطعها وكان ينبت على عروقها ويشعب منها أشجار أخرى، فإن كان قطع الشجرة يؤدي إلى تلف هذه الأشجار دخلت في بيم تلك الشجرة وإلا كان شعرة وإلى تلف هذه الأشجار دخلت

وهذا البند يتوافق مع ما ورد في المادة (٢٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أن: ﴿ كل ما يتناوله اسم المبيع عرفًا، أو كان متضلًا به اتصال قرار يدخل في البيع تبعًا بلا ذكر، ولا يقابله شيء من الثمن ١٠٠٠.

...

● (عادة ٧٧٤): ويدخل في بيع الأرض تبمًا بلا ذكر الأشجار المغروسة فيها للبقاء والتأبيد، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، مشمرة أو غير مشمرة "، إلا الأشجار البابسة التي لا ينتفع بها إلا حطبًا، أو الأشجار المغروسة المعدة لقلعها من وجه الأرض، ونقلها في كل مدة معلومة، فهذه لا تدخل في البيع إلا بالتسمية، وكل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الشجر.

« التوابع المتصلة المستقرة أي المتصلة بالعبيع اتصال القرار، واتصال القرار وضع الشيء بحيث لا يفصل من محله، ويدخل الشجر في هذا التعريف؛ فإذا بيمت الأرض فالشجر المخروس فيها يدخل في البيع؛ لأن الأشجار متصلة بالأرض اتصال القرار، أما الأشجار المبية فلا تدخل في البيع؛ لأن تلك الأشجار على شرف القلع، فهي في حكم الحطب يعني أن الشجر اليابس وإن كان متصلاً بالأرض إلا أن اتصاله ليس اتصال القرار، أما الزرع فلما كان غير متصل بالأرض اتصال القرار، في البيع وهو أشبه بالمتاع، وكذلك الثمر فإنه وإن كان متصلاً بالأرض التصال قي البيع وهو أشبه بالمتاع، وكذلك الثمر فإنه وإن كان متصلاً بالأرض التصال القرار، فلا يدخل في البيع وهو أشبه بالمتاع، وكذلك الثمر، وهو

⁽١) شرح مجلة الأحكام المادة (٢٣١).

 ⁽٢) تقين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النميان، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.
 (٣) وأو غير مشرة ٥ ساقطة من طبعة دار الفرجاني والثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

شبيه بالثمر أيضًا، والحاصل: أن الزرع في الأرض والثمر على الشجر في حكم المتاع.

والدابة الحامل يدخل حملها في البيع؛ لأنه وإن كان اتصاله بها ليس اتصال قرار فكان ينبغي ألا يدخل في البيع، إلا أن فصله لما كان خارجًا عن القدرة البشرية، وإنما ينفصل بقدرة الله هاذ فقد اعتبر من التوابع المتصلة، وعلى ذلك هو جزء من الدابة فيجب أن يتبعها ١٠٠٠.

وهذا يتوافق مع ما ورد في المادة (٢٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

♦ (مادة ٤٧٦): كل ما كان من حقوق المبيع ومرافقه، أي توابعه التي لا بد له منها و لا تقصد. إلا لأجله يدخل في البيع إذا ذكرت الحقوق والمرافق في العقد.

فإذا بيعت دار بحقوقها ومرافقها دخل في البيع الطريق الخاص بها وحق الشرب وحق المسيل، وإن لم يتص في العقد على بيعها بحقوقها ومرافقها فلا تدخل الطريق الخاص بها ولا الشرب ولا المسيل".

في بيع الدار لا تدخل الطريق وحق الشرب وحق المسيل والدلو وحبله من غير ذكر،
 يعني إذا لم ينص في البيع على دخولها أو لم يعمم لا يدخل في البيع ١٠٠٠.

والقاعدة: أن الأشياء التي تشملها الألفاظ العمومية التي ترد في صيغة العقد وقت البيع تدخل في البيع، مثلًا: لو قال البائع: بعتك هذه الدار بجميع حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل، بشرط أن تكون موجودة وقت البيع، وكذلك الطريق الخاص الموجود، ومن الألفاظ العامة أربعة وهي:

- (١) بجميع حقوقه.
- (٢) بجميع مرافقه.
- (٣) بكل قليل وكثير فيه.

(£) بكل قليل وكثير منه، وهذا ينفق مع ما ورد في المعادة (٢٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي: ٩ ما لا يتناوله اسم المبيع عرفًا وليس متصلًا به اتصال قرار يدخل في البيع بذكره إن كان من حقوق

⁽١) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر: ٢١٠،٢١٠.

 ⁽٢) هذه المادة تنفق مع المادة (٣٩٨) من مشروع القانون المدني طبقًا الأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٣) شرح مجلة الأحكام: ١/٢١٢.

المبيع ومرافقه، والحقوق والمرافق بمعنى واحد، والحق ما هو تبع المبيع، ولابد له منه، ولا يقصد إلا لأجله، كالطريق، والشرب، والأرض، فهذه من حقوق المبيع فلا يتناولها البيع إلا نذكر ها.

وإن لم يكن من حقوقه لا يدخل ولو ذكر، فلا يدخل الشعر بشراء شجر؛ لأنه وإن كان اتصاله خلقيًا فهو للقطع لا البقاء، إلا إذا قال: بكل ما فيها أو منها؛ لأنه حينتذ يكون من المبيع.

وعلى هذا لا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية إذا نبت وكان له قيمة، أو لم ينبت سواء كانت له قيمة أو لا، أما إذا نبت ولا قيمة له، فيدخل في الأصح.

وكذلك لا يدخل الشر في بيع الشجر بدون تسمية أيضًا، ويؤمر البائع بقطعه وتسليم العبيع وإن لم يظهر صلاحه؛ لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارغًا، وهو المختار.

وفي جامع الفصولين: لا يقطع إن رضى المشتري ببقائه بأجر مثل الأرض(١).

**

● (هادة ٤٧٣): كل ما ليس من حقوق المبيع ومرافقه فلا يدخل في البيع، وإن ذكرت الحقوق والمرافق، فلا يدخل في بيع الأرض تبعًا الزرع الذي نبت وله قيمة، وإنما يدخل الزرع الذي لم ينبت وما نبت و لا قيمة له.

الأشياه التي تشملها الألفاظ العمومية التي ترد في صيغة العقد وقت البيع تدخل في البيع، مثلاً: لو قال البائع: بعتك هذه الدار بجميع حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل، بشرط أن تكون موجودة وقت البيع، وكذلك الطريق الخاص الموجود.

مثال ذلك: إذا قال البائع: بعت هذه الأرض بكل قليل وكثير فيها، يدخل الزرع والثمر في البيع إلا الزرع المحصود والثمر المقطوف اللذين يكونان في الأرض المبيعة، ما لم يصرح بدخولهما في البيع، وكذلك إذا قال: بعت هذه الأرض بكل قليل وكثير هو فيها، ومنها من حقوقها ومرافقها يدخل الزرع القائم في الأرض في هذا البيم.

وقد قيدت الطريق الخاص في الشرح بكونها موجودة حين البيع، إلا أنه إذا كان للشخص طريق خاص مؤدية إلى داره فسدهذه الطريق وفتح طريقاً آخر للدار من محل آخر ثم باع الدار

⁽١) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

بجميع حقوقها دخلت الطريق الموجودة وقت البيع، وهي الطريق الثانية ولم تدخل الطريق الأولى، وكذلك إذا اشترى إنسان دارًا، وكانت طريق تلك الدار الطريق العام والشارع النافذ، فلا تدخل هذه الطريق في مثل هذا البيع؛ لأن مثل هذا الطريق غير مملوك لأحياء ولا تباع تلك الطريق ولا تشرى، إلا أن المشتري يحق له أن يمر من تلك الطريق ككل الناس(".

...

 (مادة ٤٧٤): لا يدخل الثمر في بيع الشجر إلا إذا اشترطه المبتاع، سواء بيع الشجر مع الأرض أو وحده، وكل ما لقلعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الثمر١٠٠.

لا يدخل الشمر في بيع الشجر إلا بشرط دخوله في البيع، سواء بيع الشجر مع الأرض أو وحده، كان له قيمة أو لا، وقدمنا الاختلاف والراجح من القولين في دخول الزرع والشمر، وصحح في الهداية هنا إطلاق عدم الدخول ويكون للبائع في الحالين؛ لأن يبعه يجوز في أصحُّ الروايتين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر بيع الشجر مع الأرض أو وحده".

لبيع أنه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية ».

وهذا يتوافق مع ما ورد في المادة (٧٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

 (مادة ٤٧٥): ما كان في حكم جزء من المبيع بأن كان لا ينتفع بالمبيع إلا به، فإنه يدخل في البيع بلا ذكر، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل لبنها يدخل فَلُوهُما الرضيع في البيع بُعمًا⁽¹⁾.

« ما كان في حكم جزء من المبيع، أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظرًا إلى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر، متلًا: إذا بيع قفل دخل مفتاحه، وإذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيم في البيع من غير ذكر ».

وبعبارة أخرى: الأشياء المنفصلة المنقولة التابعة للمبيع، والتي يتوقف عليها الانتفاع بالمبيع هي في حكم جزء المبيع وفي حكم المتصل به، فكما أنها إذا ذكرت وصرح بها في البيع تدخل فيه، فكذلك إذا لم تذكر ولم يصرح بها؛ لأنه لا ينتفع بالقفل بغير مفتاح كما لا ينتفع بالمفتاح بغير قفل، وما يدخل في البيع أصالة، كما إذا اشترى إنسان قفلاً من الحداد من غير أن يذكر دخول المفتاح في البيع أو عدم دخوله فالمفتاح داخل في هذا البيم.

⁽١) شرح عجلة الأحكام: ١/ ٢١٤، ٢١٥ المادة (٣٣٥). (٢) بدانع الصنائع: ١٤١/١٤. (٣) البحر الرائق في شرح كتز الدقائق: ٥/ ٢٣٢. (٤) شرح عجلة الأحكام: ٢٠٩/١.

وما يدخل في البيع تبعًا كما إذا بيعت دار فالأقفال التي على أبواب هذه الدار تدخل في البيع تبعًا.

وكذلك إذا اشترى رجل شجرة للقطع من بستان آخر، فإذا بَيَّنَ موضع قَطْمِها فَطَمَها من الموضع الذي بيَّن، وإلا فله قطعها من عروقها.

وقد تقدم ذكر ما يقابل هذه المادة من أحكام في القوانين المدنية العربية.

•••

♦ (مادة ٤٧٦): شراء الشجرة الأجل القرار يدخل فيه الأرض القائمة عليها الشجرة، وإن قلمها المشتري فله أن يغرس في مكانها شجرة غيرها، وإن اشتراها لأجل قلمها فلا تدخل في بيمها الأرض العاملة لها، ويؤمر المشتري بقلمها (()، وليس له أن يحغر الأرض إلى ما تتناهى إليه عروقها، فإن قلمها من وجه الأرض تم نبتت من أصلها أو من عروقها شجرة فهي حق البائع، وإن قطمها من أعلاها فما نبت منها فهو للمشترى.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شجرة: أنه هل يدخل في شزائها أصلها وعروقها
 وأرضها؟ فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه:

- إن اشتراها بغير أرضها للقلع.

- أو اشتراها بقرارها من الأرض للترك لا للقلع.

- أو اشتراها ولم يذكر شيئًا، فإن اشتراها بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها، ويجبر المشتري على القلع، وله أن يعظم الأصلها لكن قلعًا معتادًا متعارفًا، وليس له أن يحفر الأرض المشتري على القلع، وله أن يقلمها بأصلها لكن قلعًا معتادًا متعارفًا، وليس له أن يحفر الأرض القطع على وجه الأرض فلا يدخل فيه أصلها، أو لم يشترط لكن في القطع من أصلها ضرر بالباعه، بأن كان بقرب حائطه أو على حافة نهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشي في النهر من أصلها أو لم يشتحق بالعقد، فإن قلع أو قطع ثم نبت من أصلها أو عروقها شجرة أخرى فهي للبائع لا للمشتري؛ لأنه رضي أن يكون المبيع القدر المقطوع فيكون الباع، إلا إذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشتري؛ لأنه نما ملك، وإن اشتراها بقرارها من الأرض للترك لا للقلع، فيدخل فيها أرضها ولا يجبر على القلع؛ لأنه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولًا به فلا يملك إجباره على القلع، ولملك نفسه.

⁽١) في طبعة دار الفرجاني ا بقلها ؟ والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

A § ۸ ---- اليوع: تسليم الي

- وأما إذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر
 في غير رواية الأصول اختلافًا بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فقال: على قول
 أبي يوسف: لا تدخل الأرض في البيع، وعلى قول محمد تدخل ٤٠٠٠.

(مادة ٤٧٧): وإن اشترى شجرة للقلع، وكان في قلعها من الأصل ضرر للبائع يقطعها
 من وجه الأرض من حيث لا يتضرر به البائع، ولو انهدم في قلعها حائط ضمن القالع ما نشأ
 من قلعه "٠.

رجل اشترى شجرة بشرط أن يقلعها تكلموا في جوازه، والصحيح أنه يجوز، وللمشتري أن يقلعها من أصلها، وإن اشترى بشرط القطع قال بعضهم: إن بيَّن موضع القطع، أو كان موضع القطع معلومًا عند الناس جاز البيع وإلا فلا، وقال بعضهم: يجوز البيع على كل حال وهو الصحيح، وله أن يقطعها من وجه الأرض فأما عروقها في الأرض لا تكون له إلا بالشرط.

كذا في نتاوى قاضي خان، واعلم بأن شراء الشجر لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يشتريها للقلع بدون الأرض، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري بقلعها، وله أن يقلعها بعروقها وأصلها يدخل في البيع، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق، لكن يقلعها على ما عليه العرف والعادة، إلا إذا شرط البائع القطع على وجه الأرض، أو يكون في القطع مضرة للبائع، نحو أن يكون بقرب من الحائط أو ما أشبهه فحينئذ يؤمر المشتري أن يقطعها على وجه الأرض، فإن قلعها أو قطعها ثم نبت من أصلها أو عروقها شجرة فإنها للبائع، وإن قطع من أعلى الشجرة فما نبت يكون للمشتري وأما إذا اشتراها مع قرارها من الأرض فإنه لا يأمر المشتري بقلعها، ولو قلعها فله أن يغرس مكانها أخرى في المبيع ما يتناهى إليه العروق والأغصان وعليه الفتوى كذا في المحيط "ال

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ١٦٧.

⁽٢) جاء في حاشية رد المحتار ٤/ ٥٥٥: ٥ وفي البحر عن الطهيرية: اشترى شجرة للفلع يؤمر بقلمها بعروقها، وليس له حفر الأرض إلى انتهاء العروق، بل يقلمها على العادة، إلا إن شرط الباتع القطع على وجه الأرض، أو يكون في الفلم من الأصل مضرة للباتع ككو بها يقرب حائط أو يتر فيقطمها على وجه الأرض ٤.

⁽٣) انظر الفتاوي الهندية: ٣/ ٣٦.

♦ (عادة ٤٧٨): كل ما يدخل في البع تبنًا إذا هلك قبل التسليم لا يقابله شيء من الثمن، فلو اشترى دارًا فانهدم بناؤها قبل التسليم خُيِّر المشتري، إن شاء أخذها بكل الثمن، وإن شاء تر ك(١٠).

ما دخل في البيع تبدًا لا حصة له من الثمن، منكر: لو شرق خطام البعير المبتاع قبل القبض لا يلزم في مقابلته تنزيل شيء من الثمن الصسمى، وما يدخل تبدئا، يعني الذي لا يدخل قصدًا، لا يلزم في مقابلته تنزيل شيء من الثمن الصسمى، وما يدخل تبدئل القبض أي بغير الاستحقاق فليس له حصة من الثمن ولذا لا يسقط شيء من الثمن بهلاك ذلك الشيء أو ضباعه؛ لأنه كالوصف، إلا أن المشتري مخير فإن شاء أخذ المبيع وإن شاء تركه، والحاصل: أنه يقال للأمور التي تدخل في البيع تبدئا: أوصاف، ويقال للنقصان الذي يعرض للمبيع بسبب هلاك تلك الأمور: نقصان وصف، ففي بيع الأرض تدخل الأشجار القائمة عليها تبدًا فهي وصف، وكذلك في بيع الحيوان يدخل الرأس والأرجل، وفي بيع المكيلات والموزونات تدخل الجودة تبدًا، فذلك كله وصف.

فعلى هذا إذا بيعت دابة فقطعت أذنها أو ذنبها قبل التسليم فلا يسقط شيء من الثمن المسمى، إلا أن المشتري مخير في قبول المبيع وتركه، وليس له حصة من الثمن في غير استحقاق، أما في الاستحقاق فله حصة من الثمن، فعلى هذا إذا ضبط الشيء الداخل في البيع تبعًا بالاستحقاق، فإذا كان ذلك بعد القبض ينظر فيما إذا كان الوصف كحق المسيل مما لا يجوز بيعه منفركا، فيما أنه ليس له حصة من الثمن حتى يرجع البائع به، فإنه مخير بين أن يأخذ الباقي بكل الثمن وأن يتركه، أما إذا كان كالشجر مما يجوز بيعه منفركا، فيما أن له حصة من الثمن مما يجوز بيعه منفركا، فيما أن له حصة من الثمن ما يجوز بيعه منفركا، فيما أن له حصة من الثمن والشمن فالمشترى يرجع بها على البائم.

ومن المسائل المتفرعة على هذه المادة:

١ - إذا بيع حصان بألف قرش فسرق رسن هذا الحصان قبل القبض فلا يلزم حط شيء من الألف حسب شرح المادة (٢٩٣)، وهو الثمن المسمى، إلا أن المشتري مخير في أن يترك المبيع وأن يقبله، ويدفع إلى البائع الثمن المسمى بتمامه، كما أنه إذا ظهر عيب فيما يدخل تبعًا في البيع فليس للمشتري أن يرجع على بائعه بشيء.

٢ - إذا كان لإنسان أرض وللآخر أشجار فيها، فياع صاحب الأرض بإذن الآخر جميع
 ذلك بألف قرش، فإذا كان قيمة كل منهما خمسمائة قرش قسم ثمن المبيم مناصفة بينهما،

⁽١) نقلها في هامش الأنقروية من أول فصل في هلاك المبيع والثمن ص: ٢٥٦.

وعلى هذه الصورة إذا أصابت تلك الأشجار آفة سماوية وتلفت قبل القبض فالمشتري مخير، فله ترك المبيع وله أخذه بكل الثمن، وكل الثمن يكون لصاحب الأرض؛ لأن الأشجار وصف، والثمن مقابل للأصل، وليس مقابلًا للوصف، أما إذا فصل ثمن الأرض والشجر أثناء البيع فيما أنه قد جعل في البيغ حصة للشجر من الثمن، فيهلاك الشجر تسقط حصته من الثمن، وإذا هلك نصف الشجر فربع الثمن يعود على صاحب الشجر، وثلاثة أرباعه لرب الأرض.

أما هذا إذا كان الشيء الذي يدخل في البيع تبعًا أدخل قصدًا في البيع، أي ذكر في البيع وصرح بدخوله فيه وهلك قبل القبض قتسقط حصته من الثمن؛ لأنه مبيع مقصود، إلا إذا ظهر وصرح بدخوله يه ودد، فالمشتري أن ذلك الشيء الذي يدخل في البيع تبعًا أدخل حين البيع قصدًا غير موجود، فالمشتري مخير، فإما أن يقبل المال بجميع الثمن المسمى وإما أن يتركه، وفي بيع المال الذي لا يدخل في البيع بدون ذكر إذا شرط أثناء البيع وجوده ودخوله في البيع، فوجد أصل المبيع ولم يوجد ذلك المال فالمشتري بأخذ ذلك المال بحصته من الثمن (١٠).

 (مادة ٤٧٩): إذا لم يدخل الطريق في المبيع، وليس له مسلك إلى الشارع، فللمشتري أن يرده للبائع إن لم يعلم بذلك وقت البيع^(٢).

هذه مسألة جزئية يتخرج الحكم فيها على ما سبق من القواعد؛ ولذا فإنه إذا لم يدخل الطريق وليس له مفتح إلى الشارع له أن يرد اليم إن لم يعلم بالحال، ولو كان في البيت باب موضوع لا يدخل في البيع من غير ذكر. كذا في المحيط^{(٣}).

(مادة ٤٨٠): الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض(1) كالثمار والنتاج
 تكون حقًا للمشتري(0).

الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة وأشباهها هي للمشتري، مثلاً: إذا بيع بستان ثم قبل القبض حصل فيه زيادة؛ كالثمر والخضراوات تكون تلك الزيادة

⁽١) انظر شرح عجلة الأحكام: ١/٢١٣ المادة (٢٣٤).

⁽٢) نقلها في الخانية من آخر باب ما يدخل في البيع من غير ذكر وما لا يدخل. اهـ.ص: ٢٠٣.

⁽٣) الفتاوى الهندية : ٣/ ٣٠. (٤) هذه المادة تنفق مم المادة (٤٢٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٥) يستفاد من الهندية في أوسط الفصل الثاني فيما يدخل في بيع الأراضي والكروم.. الهـ ص: ٣١.

للمشتري، وكذا لو ولدت الدابة المبيعة قبل القبض كان الولد للمشتري، وبعبارة أخرى: ثمرة المبيع الذي يباع بيعًا باتًا لازمًا وزيادته هما للمشتري، وإنما يعد ذلك زيادة على المبيع؛ لأن تلك الثيرة نماه ملك المشترى.

أما كون الثمر للمشتري فظاهر، إلا أن الخضراوات إذا كان البائع قد زرعها فهي للبائع وإذا كانت من النبات الذي ينبت بنفسه فهي مباح، وليست ملكاً لأحد، فينبغي اختيار الشق الثالث: وهو إذا كان البائع بعد أن زرع الخضرة في الأرض ونبتت باع تلك الأرض بالخضرة التي نبت ثم نمت تلك الخضرة وكترت قبل التسليم، فذلك النمو والزيادة في الخضرة يعدان من المبيع، فالمسألة حسب هذا المثال تحتاج إلى هذا التأويل، أما المال الذي يباع بالخيار فالثمرة التي تحصل منه قبل القبض يبقى حكمها موقوقًا، فإذا تم البيع وأصبح لازمًا بإسخاط الخيار وسقوطه تصبح الزيادة للمشتري، وإذا فسخ البيع عادت للبائم (أ).

تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(٢)، ونصها:

١ - وإذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشتري، أو إذا أسلم المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات وإيرادات أخرى، جاز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره.

 ٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه، وعليه تكاليفه من وقت تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ٢٠٠١.

⁽١) شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر: ١/ ٢١٥ المادة (٢٣٦).

⁽٢) انظر المادة (٤٢٥) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص. ١٤٦٠.

 ⁽٣) هذه المادة تقابل المادة (٤٥٨) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١٥ - لا حق للباتع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء ألمبيع، وكان هذا الشيء قابلًا أن يتنج ثمرات أو إبرادات أخرى، هذا ما لم يوجد إنفاق أو عرف يقضي بغيره.

r - وللمشتري ثمر المبيع ونهاؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضًا، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقفي بغيره r.

ر لاتفيد هذه المادة إباحة ما يسمي • الفوائد القانونية ، وإنها يطيق مشروع القانون المدي الفاعدة العامة الواردة في المادة (٣٦) ممه والتي تنص على أنه: • إذا كان على الالتزام دفع سليغ من الشفود، وتأخر المدين في الوقاء به، جاز الممائن أن يطالب بتعريض الشرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير ، نطبقاً لهذه القاعدة بجوز للبائع أن يطالب بتعريض الشرر لذي خفه بسبب التأخير في الوقاء بالثمن إذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشتري، أو إذا سلم السبع وكان

وتقابل المادة (٥٧٢) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

⁼ والمادة الفترحة تقابل المادة (٤٦٥) من التفنين الكويتي التي تنص عل أن: • يكون للمشتري شو المبيع ونهاؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع، ومع ذلك إذا لم يكن البائع قداستوفى الثمن بتهامه، لا يكون للمشتري من الثيار إلا بقدر ما أداه من الثمن، وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يفضى بخلافه ».

١ - 9 لا حقّ للبائع في الفوائد القانونية عن الشمن المستحق الأداء إلا إذا أعفر المشتري أو سلمه الشيء المبيع، وكان هلما قابلًا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

 ⁻ والزيادة الحاصلة في الميم بعد العقد وقبل القبض، كالشعرة والنتاج، تكون حقًا للمشتري، وعليه تكاليف الميع،
 ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ؟.



● (مادة ٤٨١): يجب على المشتري أن يتقد الثمن أولًا في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة، ما لم يكن الثمن دينًا مؤجلًا على المشتري، ولم يكن للمشتري في البيع خيار، فلو كان الخيار للبائع فله أن يطالب المشتري بالثمن، ولو أخذه لا يسقط خياره٬٬۰

يشترط الإنزام المشتري بتسليم الثمن أولاً: إحضار البائع السلعة كون الثمن حالًا، وأن لا يكون في البيع خيار للمشتري، فلا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل و لا قبل سقوط الخيار، ومفاده أن: للبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن، فلو شرط دفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع؛ لأنه لا يقتضيه العقد، وقال محمد: لجهالة الأجل، وله الحبس وإن يقي منه درهم كما في البحر".

وهذا يتفق مع المادة رقم (٣٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه:

 يسلم الثمن أولاً إذا كانت السلعة حاضرة، وكان الثمن نقدًا، ولم يكن مؤجلًا و لا خيار للمشتري، فإن كان بيم السلعة بمثلها أو الثمن بمثله سُلما ممًا ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن: بيع السلعة إما يكون بثمن نقدي أو بمثلها، فإن كان بثمن نقدي فعلى المشتري أن يسلم الثمن أولاً للبائع قبل تسلمه المبيع؛ ليتعين حق البائم في الثمن؛ لأنه قد تمين حق المشتري في المبيع، فتحقق المساواة.

وتسليم الثمن أولًا مشروط بكون السلعة حاضرة، وكون الثمن حالًا (غير مؤجل) وألا يكون في البيع خيار للمشتري؛ لأنه لا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل، ولا قبل سقوط الخيار.

أما في بيع السلعة بمثلها والثمن بمثله فيسلمان معًا؛ لاستوائهما في التعيين.

ويتفق ذلك مع ما جاء في المواد (٢٦٢) من المجلة العدلية، (٧١) مدني عراقي، (٢٥٠) مدنى سوري، والمادة (٢٥٠) من القانون العدنى الأردنى، ونصها: « على المشتري

⁽١) نقله من الأنقروية في أوائل الخيارات آخر ص : ٢٦٤.

⁽٢) حاشية رد المحتار : ٤/ ٥٦٠، ٥٦١.

(هادة ٤٨٢): إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها يسلم المبيع والثمن معًا(١).

ذهب الحنفية إلى أن من ياع سلعة بسلعة أو ثمنًا بثمن، أي نقدًا بنقد سلما معًا؛ لاستوانهما في التعيين في الأول، وعدم التعيين في الثاني؛ ولأن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاقدين عادة، وتحقيق المساواة ههنا في التسليم معًا.

وبنحو ذلك قال المالكية، فالمعقود عليه ثمن ومثمن، فالثمن الدنانير والدراهم، وعدا ذلك مثمنات، فإن وقع العقد على دنانير بدنانير أو بدراهم، أو على دراهم بدنانير أو دراهم، وتشاحا في الإقباض لم يتعين على أحدهما وجوب التسليم قبل الآخر، وكذا إن وقع العقد في شيء من المثمنات كعرض بعرض وتشاحا في الإقباض.

وذهب الشافعية إلى أن الثمن إذا كان معينًا نقدًا أو عرضًا، يجبر البائع والمشتري كلاهما على التسليم في الأظهر؛ لاستواء الجانبين؛ لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالدين، والتسليم واجب عليهما، فيُلْزِم الحاكم كلًّا منهما إحضار ما عليه إليه أو إلى عدل، ثم يسلمً كلًّا منهما ما وجب له، والخيرة في البداية إليه.

وبنحو ذلك قال الحنابلة؛ فإذا كان الثمن عينًا أو عرضًا، والمبيع مثله جعل بين البائع والمشتري عدل يقبض منهما ويسلم إليهما؛ لأن حق البائع قد تعلق بعين الثمن، كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا، وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أو ك⁰،

...

 (مادة ۴۸۳): إذا كان الثمن مؤجلًا إلى أجل معلوم يلزم أداؤه عند حلول أجله، وإن كان مقسّطاً على أقساط معينة يؤدّى كل قسط في مبعاده، فإن تأخر المشتري عن أداء قسط لا تصير الأتساط الأخر حالّة، إلا إذا كان ذلك مشروطاً في العقد.

و إذا كان الثمن مؤجلًا، فإن على البائع تسليم المبيع، ولا يطالب المشتري بتسليم
 الثمن إلا عند حلول الأجل ».

وكذلك إذا كان الثمن منجمًا، وقد صرح الشافعية أنه في الثمن المؤجل ليس للبائع حبس

(١) حاشية رد المحتار : ٤/ ٥٦١.

المبيع به وإن حل قبل التسليم؛ لرضاه بتأخيره(١١).

وأما إذا كان بعض الثمن معجلًا وبعضه مؤجلًا، فإن للبعض المعجل حكم تعجيل الثمن كله، فلا يطالب المشتري البائع بتسليم المبيع، إلا بعد تسليم الجزء المعجل من الثمن.

ولا بد في جميع الأحوال من أن يكون الأجل معلومًا، فإذا كان كذلك جاز البيع مهما طال ولو إلى عشرين سنة.

وقد صرح المالكية بأنه لا بأس بيع أهل السوق على التقاضي، وقد عرفوا قدر ذلك بينهم، والتقاضي: تأخير المطالبة بالدين إلى مدّى متعارفي عليه بين المتعاقدين.

ومن حق المشتري إذا كان المبيع معينًا، أو ظهر أنه مستحق أن يمتنع من أداء الشمن، إلى أن يستخدم حقه في العيب فسخا أو طلبا للأرش أو إلى أن يتبين أمر الاستحقاق.

ويجوز تأخير الدين الحال، أو المؤجل بأجل قريب إلى أجل بعيد، وأخذ مساوي الثمن أو أقل منه من جنسه؛ لأنه تسليف أو تسليف مع إسقاط البعض وهو من المعروف، ولكن لا يجوز تأخير رأس مال السَّلَم، وأجاز المالكية تأخير رأس المال في حدود ثلاثة أيام ولو بشرط^(۱).

 (مادة ٤٨٤): يحل الثمن المؤجل بموت المشتري، ولا يحل الثمن بموت الباتع، بل تنتظر ورثته أو غرماؤه حلول الأجل؛ لاستيفاء الثمن أو الأقساط التي تكون باقية في ذمة المشتري.

«سنل: في رجل باع من زيد بضائع معلومة بثمن معلوم، أجَّلَ بعضه المعلوم على المشتري إلى أجل معلوم وقَسَّطَ باقيه أقساطًا معلومة، ثم مات البائع في أثناء مدة التأجيل والتقسيط فهل يبقى كذلك ولا يحل الثمن بموته والحالة هذه؟ الجواب: بموت البائع لا يحل الثمن المؤجل، وبموت المشتري يحل كما في البزازية والأشباه ؟٣٠.

وهذا يتفق مع المادة (١٨) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي: (يبطل الأجل بموت المشتري لا البائع ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن: التأجيل لصالح المشتري، وفائدته أن المدين قد يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال، فإذا مات المشتري تعين المتروك من أمواله

⁽١) الموسوعة الفقهية : ٩/ ٣٩.

۸۰۲ البيوع: تسليم البيع

لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل، ولو مات البائع لا يبطل الأجل.

● (مادة ٤٨٥): إذا كان مكان أداء الثمن معينًا في العقد، فإن كان مما له حمل ومؤنة صح الثميين، ويلزم أداؤه في المكان المشترط أداؤه فيه، وإن كان مما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح الثميين ويجوز البيم.

« إذا اشترى إنسان من آخر مالاً في الأستانة على أن يأخذ ثمته في إزمير فالبيع فاسد، أما إذا باع مالاً في الأستانة بمائة قرش مؤجلة إلى مضي شهر، وشرط دفع الثمن في إزمير فالبيع صحيح والشرط باطل؛ لأن تعيين مكان أداء الثمن الذي لا حمل له ولا مؤنة باطل ٩. ويتفق ذلك مع ما جاء في المادتين (٢٨٥، ٢٨٥) من المجلة العدلية، ومع المادة (٧٥٥)

١ - « يلزم المشتري تسليم الثمن المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك.

مدنى عراقي، ومع المادة (٥٢٦) من المدنى الأردني بوجه ما، ونصها:

٢ - إذا كان الثمن دينًا مؤجلًا على المشتري، ولم يجر الاتفاق على الوفاء به في مكان
 معين لزم أداؤه في موطن المشتري وقت حلول الأجل ».

(مادة ٤٨٦): لا يجوز - بأي وجه كان - للمشتري أن يحبس الثمن الحال بعد قبض
 المبيم، إلا إذا استحق المبيع بالبينة وفسخ البيع قبل أداء الثمن.

ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن، كما تقدم، فيلزم المشتري تسليم الثمن إن أحضر البائم السلعة ولم يكن في البيم خيار، وقد تقدم تفصيل ذلك فلا نعيده.

(مادة ٤٨٧) أ: إذا لم يدفع المشتري الثمن حالاً إن كان معجلاً، أو عند حلول أجله إن كان مؤجلاً فلا يفسخ البع، بل يجبر المشتري على دفع الثمن، فإن امتنع يباع من متاع المشتري ما يفي بالثمن المطلوب منه.

إذا باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه في حبس المبيع، والساقط متلاش فلا يحتمل العود، وكذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الأجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن، ولا يملك البائع حبسه لما قلنا، ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض

المشتري حتى حل الأجل، هل له أجل آخر في المستقبل؟ ينظر: إن ذكرا أجلًا مطلقًا بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الثمن حال، وليس له أجل آخر، وإن ذكرا أجلًا بعينه بأن باعه إلى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار الثمن حالًا بالإجماع.

(عادة ۴۸۸): لا يجوز للقاضي أن يمهل المشتري في دفع الثمن للبائع، ما لم يكن
 المشتري معسرًا لا يقدر على الوفاء فيتنظر إلى الميسرة.

لو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيئا، وعليه دين لا أناس شتى، هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء؟ اختلف فيه قال أصحابنا: لا يكون له، بل الغرماء كلهم أسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص، وقال الشامعي - رحمه الله -: البائع أحق به، وإن لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات فإن كان الثمن مؤجلًا فهو على هذا الاختلاف، وإن كان حالًا فالبائم أحق به بالإجماع.

احتج الشافعي بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من أدرك ماله بعيته عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره ع^{دراء}، وهذا نص في الباب؛ ولأن العجز عن تسليم المبيع يرجب حق الفسخ للمشتري بالإجماع، فإن من باع عبدًا فأبق قبل القبض أو غصب، أو كانت دابة فضلت للمشتري أن يفسخ البيم، والمجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضًا؛ لأن البيع عقد معاوضة، ومبنى المعاوضات على المساواة.

ولنا: ما روي عن النبي على أنه قال: « إذا أفلس الرجل فوجد الباتع سلعته بعينها فهو أحق بها دون الغرماء ١٤٠١، وهذا نص، وهو عين مذهبنا؛ ولأن الباتع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشتري حيًّا مليًّا فلا يكون أحق بثمنه بعد موته وإفلاسه؛ لأن الثمن بدل المبيع غير سديد؛ لأن بينهما مفارقة في الأحكام، ألا ترى أن ملك المبيع شرط جواز العقد، وملك الثمن ليس شرطًا؟ فإنه لو اشترى شيئًا بدراهم لا يملكها جاز، ولو باع شيئًا لا يملكه لا يجوز، وكذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض، والتصرف في اللمبيع المنقول الما القبض جائز، وغير ذلك من الأحكام، فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الإطلاق فاسدًا، والحديث محمول على ما إذا قبض المبيع بغير إذن اللاغلاس، وإن كان حق الاسترداد

⁽١) صيح البخاري : ٢/ ٨٤٦ برقم ٢٢٧٢.

٨٥٤ ----- البيوع: نسليم المبيع

لا يتقيد به؛ لأن المليء يتمكن من دفع الاسترداد بنقد الثمن، والمفلس لا يتمكن من ذلك، فكان ذكر الإفلاس مقيدًا، فحملناه على ما قلنا توفيقًا بين الدلاقل (١٠٠).

(مادة ۴۸۹): إذا كان الثمن عينًا يجوز للبائع أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه من المشتري. يبيم أو هبة أو وصبة أو غير ذلك".

يصح تصرف البانع في الثمن قبل قبضه عند الحنفية مطلقاً، إذا كان التصرف بتمليكه ممن عليه الدين بعوض أو بغير عوض؛ ولأن الثمن في الذمة ولا يتعين بالتعيين، فلا يحتمل غرر الانفساخ بالهلاك؛ ولأن الثمن ما وجب في الذمة، والقبض لا يرد عليه حقيقة، وإنما بقبض غير ه مثله عينًا، فيكون مضمونًا عليه.

قال ابن عابدين: الثمن قسمان: تارة يكون حاضرًا كما لو اشترى فرسًا بهذا الإردب من الحنطة أو بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة وغيرها من المشتري وغيره.

وتارة يكون دينًا في الذمة، كما لو اشترى الفرس بإردب حنطة في الذمة أو عشرة دراهم في الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشتري فقط؛ لأنه تمليك الدين ولا يصح إلا ممن هو عليه، ومثله القول المقابل المعتمد للشافعية.

واستثنى ابن نجيم من عدم جواز تعليك الدين، ومنه الثمن الذي في الذمة لغير من هو عليه ثلاث صور:

الأولى: إذا سلطه على قبضه، فيكون وكيلًا قابضًا.

الثانية: الحوالة.

الثالثة: الوصية.

⁽١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٥٥٣/٥.

⁽٣) شرح عبلة الآحكام: ١/ ٢١٤ ق٣٦ المادة (٣٥٢): الباتع له أن يتصرف بشعن المبع قبل الفيض، مثلاً: لو باع ماله من التركيم الم المن التركيم الم المن التركيم الم المن التركيم المن التركيم التركيم أن المبعض المن التركيم التركيم

وعند الشافعية: لا يجوز التصرف في الثمن المعين قبل قبضه، أما الثمن الذي في الذمة: فالمعتمد عند الشافعية أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

وعند المالكية: يجوز التصرف في الثمن قبل قبضه، إلا إذا كان طعامًا فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

وعند الحنابلة: إن كان الثمن معينًا فإن كان التعاقد عليه بكيل، أو وزن، أو ذرع، أو عد فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالكيل، أو الوزن، أو الذرع، أو العد، وإن كان التعاقد عليه جزافًا أو لم يكن مكيلًا، ولا موزونًا، ولا معدودًا، ولا مذروعًا، جاز التصرف فيه قبل قبضه.

وأما الذي في الذمة فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه لغير من هو عليه، ويصح بيعه وهبته لمن هو عليه (١٠).

...

● (مادة ٤٩٠): إذا كان الثمن دينًا في ذمة المشتري فلبس للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه ولا بملكه لأحد غير المشتري الثابت الذين في ذمته، ما لم يسلطه على قبضه من المشتري فيقبضه منه أو يحيل عليه غريمًا له ليأخذه منه أو يوصي به لأحد، فإنه يصح تمليكه لغير المشتري في هذه الصور الثلاث.

و الباتع له أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض، مثلاً: لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه، يعني يحق للباتع قبل أن يقبض ثمن المبيع من المشتري أن يتصرف بهذا الثمن بعنا وهبة ووصية وحوالة وما أشبه ذلك، سواء أكان الثمن المذكور من النقود التي لا تتعين بالتعيين أم كان مما يتعين بالتعيين كالمكيلات وغيرها من المثلبات، فإذا كان ثمن المبيع عينا كالمكيلات والنقود المعينة فللباتع أن يبيعها أو يهومي بها للمشتري وغيره، كما أن له إذا كان الثمن دينا كنقود غير معينة أو مكيلات أو موزونات أن يملكه المشتري بعوض أو بغير عوض، وبشرط ألا يكون افتراقاً عن دين، أي ألا يكون ذلك بيع الدين بالدين؛ لأن الملك المجيز للتصرف ثابت، وبهلاكه يتنفي غرر الانفساخ؛ لأن الثمن ليس أصلاً في البيع، فيهلاكه لا ينفسخ إذا كان الثمن نقذاً فإن عدم غرر الانفساخ ظاهر؛ لأنه لا يعين بالعين بحسب ؟**!

⁽١) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية : ١٥/ ٤٤.

⁽٢) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٣٤، ٢٣٥.

٨٥٦ ----- اليوع: تسليم المبيع

وهذا يتفق مع العادة (٤٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبر حنيفة النعمان، ونصها:

لا يصح التصرف في الثمن قبل قبضه إذا لم يكن دينًا في الذمة، فإن كان دينًا جاز تمليكه
 من المشترى دون غيره ٤.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن:

 الثمن: ما يثبت في الذمة دينًا عند المقابلة، وهو النقدان، والمثليات إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان، أو غير معينة وصحبها حرف الباء.

والثمن تارة يكون حاضرًا، كما إذا اشترى الدابة بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة أو غيرها من المشتري وغيره.

وتارة يكون دينًا في الذمة، كما إذا اشترى اللاابة بعشرة دراهم في الذمة، فهذا يجوز النصرف فيه بتمليكه من المشتري فقط؛ لأنه تمليك الدين ولا يصح إلا ممن هو عليه (١٠.

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعيان المادة (٥٥)، الطبعة التمهيدية.



فصن في ضمان المبيع عند الاستحقاق

 (مادة ٤٩١): البائع ضامن للمبيع بثمته عند استحقاقه للغير، ولو لم يشترط الضمان في العقد.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المبيع في البيع الصحيح في ضمان البائع، حتى يقبضه المشتري، مع رواية تفرقة الحنابلة بين المكيلات والموزونات ونحوها، وبين غيرها، وذهب المالكية إلى أن الضمان ينتقل إلى المشتري - كما يقول ابن جزي - بنفس العقد، إلا في مواضع منها: ما بيع على الخيار، وما بيع من الثمار قبل كمال طيبه، وأهم ما يستوجب الضمان في عقد البيع: هلاك المبيع، وهلاك الثمن، واستحقاق المبيع، وظهور عيب قديم فيه، ويلحق به ضمان المقبوض على سوم النظر، وضمان الدركان،

تتفق هذه المادة مع المادة (٤١٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(٢)، ونصها:

* إذا استحق كل المبيع، كان للمشتري أن يطلب من البائع:

١ - ثمن المبيع.

٢ - قيمة الثمار التي التزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

" المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يبازم بها المستحق، وكذلك
 المصروفات الكمالية إذا كان البائم سيئ النية.

 جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى.

 وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة، أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيم ^(۱۱).

⁽١) الموسوعة الفقهية : ٢٨/٢٨.

 ⁽٢) انظر المادة (٤١٠) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا الأحكام الشريعة الإسلامية
 ص: ١٣٨٥،١٣٧.

⁽٣) هذه المادة تقابل المادة (٤١١) مدني سوري، والمادة (٤٤٣) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على =

۸٥٨ ----- اليوع: تسليم الميع

♦ (مادة ٤٩٢): لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع ويفسد

تقدم بيان الأحناف من الشروط المقترنة بالعقد، وأنهم يصححون الشروط المؤكدة لمقتضى العقد، كاشتراط الباتع تسليم الثمن أو حبس المبيع حتى أداء جميع الثمن، واشتراط المشتري تسليم المبيع أو تملكه، وإنما جازت هذه الشروط؛ لأن مضمونها واجب التحقق شرعًا، حتى ولو لم يشترطها أحد العاقدين، أما الشرط الذي لا يلاثم العقد ولا يؤكد مقتضاه ولم يجر به عرف فهو شرط فاسد، والقاعدة: أن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية،

ما يأتي: ﴿ إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع:
 ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.

٢ - قيمة الثار التي النزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكيالية إذا كان البائع مسيئ

 ٤ - جميع مصروفات دعوى الضيان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى.

.٥ - وبوجه عام، تعويض المشتري عها لحقه من خسارة، أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًّا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله ".

والمادة المذكورة تقابل المادة (٥٠٤) من التقنين العراقي التي تنصر على ما يأتي: ١ - • إذا استحد المده على المشتري، كان المائه لا يعلم وقت المده باستحقاق ا

 ١ - ٩ (فا استحق المبيح على المشتري وكان البانع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع، فللمشتري استرداد الثمن بتهامه، نقصت قيمة المبيع أو زادت، وله أن يسترد أيضًا قيمة الثيار التي أنزم بردها للمستحق، والمصروفات الثافعة التي صرفها وجمع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى.

أما إذا كان الباتع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع، فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن
 الثمن، والمصروفات الكيالية التي أنفقها على المبيع، وأن يطلب تمويضًا عما لحقه من خسارة وفاته من كسب بسبب
 استحقاق المبيع ٥.

وتقابل المادة (٥٠٥) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

١ - ١ إذا قفى باستحقاق الميع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع، ويخلص الميع للمشتري.
 ٢ - فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد، وللمشتري أن يرجم على البائع بالثمن.

٠ – وردام چر انستخى البيغ انقسح انقفده وتعمسري ان يرجع عن البانغ بالنمن. ٣ – ويضمن البائم للمشتري ما أحدثه في الميع من تحسين نافع مقدرًا بقيمته يوم التسليم للمستحق.

١ - ويضمن البامع للمستري ما احده في المبيع من خسين مافع مقدرا بفيمته يوم التسليم للمستحق.
 ٤ - ويضمن البائع أيضًا للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع ٤.

وتقابل المادة (٤٨٤) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

١ - ٩ إذا استحق المبيع كله، كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع، ويرجع عليه يكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

٢ - ومع ذلك يقتصر حق الشتري عل استرداد الثمن؛ إذا أنبت البائع له أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق ١٠.
 (١) نقلها في الهندية عن الحائبة في أوسط الباب العاشر في الشروط التي تفسد البيع صن ١٣٨٠.

ليوع: تسليم المبيع _______ ١٥٥٩

كالبيع والإجارة والقسمة والمزارعة والمساقاة والصلح عن المال يفسدها؛ لأن مثل هذا الشرط يتنافى مع المدل الذي تقوم عليه المعاملات المالية، ومن ذلك اشتراط عدم ضمان البائع لشمن المبيع عند استحقاقه فإنه شرط يفسد عقد البيع، انتافيه مع المدالة؛ حيث يستحق البائع الثمن إذا سلم المبيع لمدشتري، وسيأتي توضيحه في شرح المادة التالية.

♦ (عادة ٤٩٣): يصح ضمان الثمن للمشتري معلةً ؛ بظهور الاستحقاق(١).

الاستحقاق هو طلب الحق، والاستحقاق نوعان: أحدهما: مبطل للملك بالكلية، كالعتق والحرية الأصلية ونحوه، كتدبير وكتابة، وثانيهما: ناقل له من شخص إلى آخر كالاستحقاق به، أي بالملك بأن ادعى زيد على بكر أن ما في يده من العبد ملك له وبرهن، كالاستحقاق به، أي بالملك بأن ادعى زيد على بكر أن ما في يده من العبد ملك له وبرهن، والناقل لا يوجب بطلان الملك، والحكم به حكم على ذي اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه ولو مورثه، فيتعدى إلى بقية الورثة أشباه، فلا تسمع دعوى الملك منهم للحكم عليهم، بل دعوى النتاج، ولا يرجع أحد من المشترين على بائعه ما لم يرجع عليه، ولا على الكفيل ما لم يقض على المكفول عنه؛ لئلا يجتمع على بائعه أيضًا، في ملك واحد؛ لأن بدل المستحق معلوك، ولو صالح بشيء قليل أو أبرأ عن ثمنه بعد المحكم له برجوع عليه فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضًا، لزوال البدل عن ملكه، ولو حكم للمستحق فصالح المشتري لم يرجع؛ لأنه بالصلح أبطل حق الرجوع، وتمامه في جامع الفصولين ها).

⁽١) الاستحقاق هو ضيان الدرك ويؤخذ من رد المحتار في الاستحقاق عند قول المصف: ولا يرجع على باتعه ما لم يرجع عليه ولا على الكفيل... النح من أوائله نعرة: ١٩٦، وصرح به في جامع الفصولين من أوسط السادس عشر في الاستحقاق ص : ٢٣٢.

⁽٢) رد المحتار: ٥/ ١٩٢، ١٩٣.

٨٦٠ اليوع: تسليم الم

● (مادة ٤٩٤): علم المشتري بكون المبيع ليس ملكًا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع على المناطقة على المناطقة المبيع(").

في الاستحقاق لو أقر المشتري بأن المبيع ملك فلأن وصدقه، أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له رجوع على البائع، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب فحلف فنكل ليس له رجوع على البائع، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكرا؛ لأن النكول من المضطر كالبينة، وهو مضطر في النكول إذا لم يعلم عيبه ولا سلامته، ولو برهن المشتري على أنه ملك فلان لا تقبل؛ لتناقضه، بغلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل، وهي بغلاف أو أنها ملك فلان لا تقبل؛ لتناقضه، تدعي ذلك، أو أنها ملك فلان، وهو أعتها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها؛ حيث يقبل، ويرجع بالثمن على البائع؛ لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى، ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل، ولو برهن أمة في يد المشتري أنها معتقة لفلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل؛ إلا من كان قبل فلان، ولو اشترى شيئًا، ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواء حتى يحضر البائع والمشتري؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما، ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل، ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل،

ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري، ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له، ولا يعود البيع المنتقض، ولو قضى للمستحق بعد إثباته ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أبي حنيفة، وليس له أن يلزمها المشتري؛ لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهرًا وباطنًا عنده، ولو استحقت من يد مشتر فيرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لأنه خصم.

ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره بيعه، وهلك الثمن في يده تقبل، ولو استهلك أو رده لا يقبل، ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق، ومع ذلك أقام المستحق البينة، وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه؛ لأن القضاء وقع بالبينة لا بالإقرار؛ لأنه يحتاج إلى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه، وذكر رشيد الدين: أن المدعي لو أقام بينة على دعواه، ثم أقر المدعى عليه بالملك فالقاضي يقضى بالإقرار لا بالبينة؛ لأنها إنما تقبل

⁽١) نقله من الدر من أواخر الاستحقاق ص: ٩٩.

على المنكر لا المقر.

والأظهر والأقرب إلى الصواب أنه يقضي بالإقرار، وهو يناقض ما ذكره في الاستحقاق؛ إلا أن يخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع، وقصد القاضي إلى القضايا بإحدى الحجتين بعينها، ولو رد البائع الثمن بعد القضاء ثم ظهر فساد القضاء، فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثيوت التقايل، ولو لم يترادًا، ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ، ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق بد: لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق ظهر كان له الرجوع، ولا يعمل ما قاله؛ لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط.

وإذا زكَّى المشتري شهود المستحق قال أبو بوسف: اسأل عن الشاهدين فإن عدلا رجع المشتري بالنمن على باتعه، وإلا يقتصر على المشهود عليه، ولا يرجع بثمنه كالإقرار، ثم لو ادعى المشتري استحقاق المبيع على باتعه ليرجع بثمنه فلا بد أن يفسر الاستحقاق وبين سبه، فلو بينه فأنكر باتعه البيم فبرهن عليه يقبل، ورجع بثمنه.

وقيل: يشترط حضرة المبيع لسماع البينة، وقيل: لا، وبه أفتي، بل لو ذكر شبه العبد وصفته، وقدر ثمنه كفي، شراه عالمًا بأنه ليس لبائمه ثم استحق رجع بثمنه، وللمستحق عليه تحليف المستحق بالله: ما باعه، ولا وهبه، ولا تصدق به، ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه، ولو شرى أرضًا فبني أو زرع أو غرس فاستحق يرجع المشتري بثمنه على بائعه، ويسلم بناءه وزرعه وشخره إليه فيرجع بقيمتها مبنيًا قائمًا يوم سلمها إليه.

فلو بنى المشتري بناء قيمته عشرة آلاف مثلا، وسكن فيه زمانًا حتى ضعف البناء وتغيَّر، وانهدم بعضه ثم استحق يرجع على باتعه بقيمة البناء يوم تسليمه، ولا ينظر إلى ما كان أنفق، وإنما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع؛ حتى لا يرجع بقيمة جص وطين، ولو كان البائع غائبًا، والمستحق أخذ المشتري بهدم بنائه فقال المشتري، قرَّني بائعي، وهو غائب قال أبو حنيفة: لا يلتفت إلى قول المشتري فيؤمر بهدمه، وتدفع الدار إلى المستحق، فلو حضر البائع بعد هدمه لا يرجع المشتري على البائع بقيمة بنائه، وإنما يرجع عليه لو كان البناء قائمًا فسلمه إليه فهدم، وأخذ التقض، وأما لو هدمه فلا شيء على البائع.

وهذا بخلاف ما مر في شجر وجص على البائع قيمة الشجر نابتًا في الاستحقاق، وللمشتري الرجوع على وكيل البائع بقيمة البناء قائمًا، وبقيمة الولد للغرور، وإن عرف المشتري أن الدار لغير البائع، ولم يدع البائع وكالة فيني فاستحق لم يكن مغرورًا، ولو ادَّعي

المشتري أن البناء له، وقال البائع: لي، فالقول للبائع، وإذا رجع المشتري على باتعه بالثمن، وقيمة البناء، قال أبو حنيفة: لا يرجع البائع على بائعه إلا بثمنه، وعندهما يرجع بهما.

وفي البزازية من الاستحقاق: ظهرت المشتراة حرة، ومات البائع لا عن وارث وتركة، وبائع البائع قائم نَصَّب الحاكم عن البائع الثاني وصيًّا فيرجع المشتري عليه، وهو يخاصم البائع الأول''،

♦ (مادة ٤٩٥): إنما يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا ورد الاستحقاق على ملك البائع الكثمن من الأصل، فإن ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع بعد الشراء في ملك المشتري، كما لو أثبت المستحق أنه يملكه بتاريخ متأخر عن الشراء أو بعد ما صار إلى حال لو كان غصبًا لملكه الفاصب به فلاحق له في الرجوع بالثمن على البائع، ما لم يثبت أنه كان له قبل هذه الصفة?".

الاستحقاق لا بدأن يرد على ما كان ملك البائع ليرجع عليه، ففي الجامع الكبير: لو اشترى ثوبًا فقطعه وخاطه، ثم استحق بالبينة لا يرجع المشتري على البائع بالثمن؛ لأن الاستحقاق ما ورد على ملكه؛ لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصبه فقطعه وخاطه مَلكَه، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه، وإن ورد عليه بعدما صار إلى حال لو كان غصبًا ملكه به لا يرجع؛ لأنه متيقن الكذب، وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص، فلو برهن أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن، وعلى هذا، لو اشترى حنطة، وطحنها ثم استحق الدقيق، ولو قال: كانت لي قبل الطحز، يرجع، وكذا لو شرى لحمًا فشواه.

ويشمل حق المشتري في الرجوع ما إذا كان الشراء فاسدًا كما في جامع الفصولين، وما إذا كان عالمًا بكونه ملك المستحق، وما لو أبرأ البائع المشتري عن ثمنه، فللبائع الرجوع على بائعه، لو الإبراء بعد الحكم لا قبله، وما لو مات بائعه، ولا وارث له فالقاضي يتصب عنه وصبًّا ليرجع المشتري عليه، وما إذا زعم بائعه أنه نتج في ملكه، وعجز عن إلباته وأخذ منه الثمن، فله الرجوع على بائعه؛ لأنه لما حكم عليه التحق دعواه بالعدم، وكذا لو زعم أنه ليس

⁽١) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٦/ ١٥٩، ١٥٩.

 ⁽٢) يستَفاد ذلك من رد المحتار في الاستحقاق عند قول المستف: ويثبت رجوع المشتري على بانعه بالنمن... إلخ
 ص: ١٩٤، وكما في جامع الفصولين من أول السادس عشر، والأنقروية من أوسط باب الاستحقاق صن ١٨٤.

له الرجوع لإنكاره البيع؛ لأنه لما حكم عليه بينة التحق زعمه بالعدم، وإذا ادعى المشتري استحقاق المبيع على باتعه ليرجع بثمنه، فلا بد أن يفسر الاستحقاق ويبين سببه، فلو بيَّنه وأنكر الباتع البيم، فأتبته المشترى رجع بثمنه (١٠).

وتنفق هذه المادة مع المادة (٦٦٦) من المجلة العدلية، والمادة (٤٠٧) مدني سوري، والمادة (و٤٤٩) مدنى عراقي، والمادة (٥٠٣) مدنى أردني، ونصها:

 ١ عضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض من المشتري إذا كان سبب الاستحقاق سابقًا على عقد البيع.

 ٢ - ويضمن البائع أيضًا إذا استند سبب الاستحقاق إلى سبب حادث بعد البيع ناشئ من فعله ٤.

 (مادة ٤٩٦): لا يرجع المشتري بالثمن على البائع إلا إذا أثبت استحقاق العبيع عليه بالبينة، فإن ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله، أو بتوكيل المشتري^(١١) أو وكيله فلا يكون له حق في الرجوع على البائم.

يثبت الرجوع للمشتري إذا ثبت الاستحقاق بالبينة؛ لأنها حجة متعدية تظهر في حق كافة الناس، أنها لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي، وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة.

أما إذا ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري، أو وكيله بالخصومة، أو بنكولهما فلا رجوع؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يتعداه إلى غيره، لعدم ولايته عليه.

وهذا يتفق مع المادة (٥٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي تنص على ما يلي:

 إذا ثبت الاستحقاق ببينة المستحق، فللمشتري الرجوع على البائع بالثمن، أما إذا كان الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله بالخصومة، أو بنكولهما فليس له الرجوع.

⁽١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ١٩٦.

⁽٢) في طبعة دار الفرجان (بنكول) والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(مادة ٤٩٧): الحكم بالملك للمستحق حكم على ذي اليد، وعلى من تلقى ذو اليد الملك
 منه، ولو كان مورثه فيتمدى إلى بقية الورثة فلا تسمع دعوى الملك من أحد منهم(١٠).

ومتى استحق المبيع من يد المشتري الأخير وأقيى به للمستحق جاز لكل واحد من الباعة أن يرجع على صاحبه بعد رجوع المشتري عليه، ولو كان أداؤه الثمن له بلا إلزام القاضي إياه.

هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٥٢) وشرحها من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيقة النعمان.

الاستحقاق الناقل للملك لا يوجب الفسخ، ويتوقف على إجازة المستحق والحكم به حكم على ذي البد، وعلى من تلقى الملك منه، ولا يرجع أحد من المشترين على بائعه إلا بعد الرجوع عليه.

فالاستحقاق الناقل للملك من شخص إلى آخر كالاستحقاق بالملك، بأن ادعى أن ما في يد فلان ملك له وبرهن، وهو لا يوجب فسخ العقد على الظاهر؛ لأنه لا يوجب بطلان ملك المشتري، بل يوجب توقفه على إجازة المستحق أو فسخه.

واختلف في البيع متى ينفسخ? فقبل: إذا قبض المستحق، وقبل: بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على باثعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى. له، أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح، وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ، وهو الأصح.

والحكم بالاستحقاق حكم على ذي اليد، حتى يؤخذ المدعى من يده، وهذا إذا كان خصمًا، فلا يحكم على مستأجر ونحوه؛ لأنه ليس بخصم، وحكم على من تلقى ذو اليد الملك منه، فإن قال « مثلاً ٤ عند الحكم عليه: اشتريت هذه العين من فلان، كان الحكم عليه حكمًا على من اشترى منه، ولو كان مورثه، ويتعدى إلى بقية الورثة.

وليس لأحد من المشترين أن يرجع على باتعه بالثمن، ما لم يرجع المشتري منه عليه بالثمن، لئلا يجتمع الشمنان في ملك واحد؛ لأن في يده ثمنًا، فلو رجع بالثمن على باتعه قبل أن يرجع عليه، اجتمع في ملكه ثمنان (").

⁽١) يفهم من الدر أول الاستحقاق.

⁽٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٢) الطبعة التمهيدية.

 (مادة ۴۹۸): إذا أحال البائع بالثمن على المشتري قدفعه إلى المحال، ثم استحق المبيع بالبينة برجع المشتري بالثمن على البائع لا على المحتال('').

وإن كان قد اشتراه من وكيل الباشء، ودفع له الشمن فإنه يرجع على الوكيل لا على الأصيل، وإن كان دفعه للأصيل يؤمر الوكيل بأخذه منه ودفعه للمشترى ??.

لو أحال البائع رجلًا بالثمن على المشتري، وأدى إليه ثم استحقت الدار فإنه يرجع على البائع رجلًا بالثمن من البائع له وكيل، فللمشتري مطالبته بالثمن من مالية لا على المحال، وإن لم يظفر بالبائع، كان البائع له وكيل، فللمشتري مطالبته بالثمن الله، وإن كان دفعه للموكل ينتظر أخذه من الموكل، وما إذا قال البائع للمشتري: قد علمت أن الشهود شهدوا بزور، وأن المبيع لي فصدقه المشتري فإنه يرجع عليه بالثمن؛ لأنه لم يسلم له المبيع، فلا يحل للبائع أخذ الثمن وقد استحق المبيع.

♦ (عادة ٤٩٩): إذا استحق العبيع على المشتري بالبينة فله استرداد الثمن بتمامه من البائع ولو نقصت قيمة العبيع بعد البيع بأي سبب كان⁽⁷⁾.

يستحق المشتري مطالبة البائع بالثمن الذي دفعه له لو ظهر المبيع مستحقًا، ولا يلتفت إلى نقصان قيمة المبيع، وهذه مسألة متعلقة بالقواعد العامة للاستحقاق، والقاضية بضمان البائم سلامة المبيع من أي استحقاق للغير.

 (مادة ٥٠٠): إذا زادت قيمة المبيع عن ثمنه الذي اشتراه به المشتري فليس له حق في طلب شيء من البائم زائدًا عن الثمن الذي أداه إياه(¹¹).

حق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق العبيع متعلق بالثمن الذي دفعه له، لا يلتفت إلى زيادة سعر العبيع أو قيمته؛ لأن القصد من ضمان الاستحقاق هو جبر الضرر الواقع على المشتري وليس إثراءه أو تحقيق الربح له؛ ولذا لو استحق المبيع، وكان ثمنه مائة وأصبحت قيمته مائة وخمسين فلاحق للمشتري في الرجوع على البائع إلا بالعائة التي دفعها.

^{***}

⁽۱) يستفاد من رد المحتار في الاستحقاق عند قول المصنف: ويثبت رجوع المشتري على بانعه ص: ١٩٤.

 ⁽٢) يستفاد من الأنقروية من باب الاستحقاق في أوائله من أواخر ص : ١٧٩.

⁽٣) جامع الفصولين : ٢-٣١٩ بعد قوله: شرى بيئاً ذا سففين وقبضه وخرب السقف الأعل إلى آخره، ٥ ولو استحق الأعل والأسفل بعد التخريب فالمستحق يضمنه قيمة المقوض ويرجع المشتري على بائعه بكل الثمن ٤.

⁽٤) نقله من الخيرية أوائل باب الاستحقاق ص : ٣٣٣.



(مادة ٥٠١): إذا بنى المشتري(" بناة في المبيع أو غرس فيه أشجارًا، ثم استحق المبيع بالبينة رجع المشتري على البائع بالثمن وبقيمة البناء والغراس إن سلمهما للبائع، وتقوم قيمتهما قائمين غير مقلوعين يوم تسليمهما للبائع، فإن رجع المشتري بالثمن(" وقيمة البناء والغراس على البائع فلا يرجع هذا البائع على بائعه إلا بالثمن دون قيمة البناء والغراس.

رجل اشترى أرضًا فغرس فيها شجرًا فنبت الشجر ثم استحقت الأرض يقال للمشتري: اقلع الشجر، فإن كان قلعه يضر بالأرض يقال للمستحق: إن شئت تدفع إليه قيمة الشجر مقلوعًا ويكون الشجر لك، وإن شئت فخله حتى يقلع الشجر ويضمن لك نقصان أرضك، فإن أمره بالقلع وقلع المشتري ثم ظفر بالبائع بعد القلع، فإن المشتري يرجع على البائع بالثمن، ولا يرجع بقيمة الشجر ولا بما ضمن من نقصان الأرض، وإن اختار المستحق أن يدفع إلى المشتري قيمة الشجر مقلوعًا ويمسك الشجر وأعطاه القيمة، ثم ظفر المشتري بالبائع فإنه يرجع على البائع بالثمن ولا يرجع بقيمة الشجر، ولا يكون للمستحق أن يرجع على البائع ولا على المشتري بنقصان الأرض؛ لأنه لما اختار دفع قيمة الشجر صار كأن المستحق هو الذي غرس الشجر، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال الحسن: للقاضي أن يبعث أميناً يُقوم النابت في الأرض، ثم يقول القاضي للمشتري: اقلع الشجر واحفظه حتى إذا ظفرت بالبائع فسلمه إليه وتأخذه بقيمته نابناً، وإن لم تستحق الأرض حتى أثمر الشجر وبلغ الشمر حتى جاء مستحق واستحق الأرض وطالب المشتري بقلع الشجر كان له ذلك، فإن كان بائع الأرض حاضرًا كان للمشتري أن يرجع بقيمة الشجر نابناً في الأرض، ويسلم الشجر وإن كان نابناً في الأرض، ويسلم الشجر، وإن كان البائع غائباً قلعه المشتري ولا يرجع بقيمة الشجر، وإن كان المشتري زرع في الأرض حنظة، أو شبئاً من أصناف الرياحين والحبوب والبقول ثم استحقت الأرض، قال أبو يوسف: يؤمر المشتري حتى يقلم الزرع إن كان البائم غائباً ولا يرجع على بائعه.

⁽١) نقله من الدر أواخر باب الاستحقاق ص: ٢٠٠.

 ⁽٢) نقلها في رد المحتار من أواخر الاستحقاق عند قول الشارح: رجع بالثمن وقيمة البناء على البائع ص: ٢٠٠.
 وهو قول الإمام، خلافًا لها، ومثله في جامع القصولين في السادس عشر ص: ٢١٨ والأنفروية ص: ١٨٩.

وإن كان الزرع أخرب الأرض فللمستحق أن يضمنه نقصان الأرض ثم لا يرجع المشتري على البائع إلا بالثمن، وإن كان المشتري قد كرى الأرض نهرًا، أو حفر ساقية أو قنطر قنطرة على النابع، ثم استحقت الأرض يرجع على البائع بالثمن وبقيمة ما أحدث في الأرض من بناء القنطرة، ولا يرجع بما أنفق في كري النهر وحفر الساقية ولا في مسناة جعلها في التراب، وإن جعلها من آجر، أو لبن، أو قصب، أو شيء له قيمة فإنه يرجع على بائعه بقيمة ذلك، وهو قائم في الأرض ثم يؤمر البائع بقلم ذلك."

و تتفق هذه العادة في المقصد، وهو جبر ضرر المشتري، مع المواد: (۱۹ ، ۹۲۶) 1800) من المجلة العدلية وشرحها لعلي حيدر، والمادة (٥٠) تقنين حنفي، و المادة (٤١) مدني سوري، والمادة (٥٠٠) مدني عراقي، والمادة (٥٠٠) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا قضي باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع، ويخلص المبيع للمشتري.

٢ - فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد، وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن.

 ٣ - ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في العبيع من تحسين نافع مقدرًا بقيمته يوم التسليم للمستحق.

٤ - ويضمن البائع أيضًا الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع ٤.

...

● (مادة ٥٠٢): إنما يرجع المشتري إذا بنى أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه للبائع، أما ما لا يمكن تسليمه إليه ولا تبقى له قيمة بعد نقضه كالجص والطين ونحوهما فلا رجوع للمشتري بقيمته على البائع، كما أنه لا رجوع له بقيمة ما أنفقه في المنافع من حفر بثر أو تطهير بالوعة أو مرمة شيء في المبيع المستحق ونحو ذلك (٥٠٠).

توضيح ذلك: أنه لو شمرى دارًا وبنى فيها فاستحقت رجع بالثمن وقيمة البناء مبنيًّا على البائع إذا سلم النقض إليه، وإن لم يسلم فبالثمن لا غير، كما لو استحقت بجميع بنائها؛ لما تقرر أن الاستحقاق متى ورد على ملك المشتري لا يوجب الرجوع على البائع بقيمة البناء، مثلاً: لو حفر بئرًا أو نقى البلوعة أو رم من الدار شيئًا ثم استحقت لم يرجع بشيء على البائع؛ لأن الحكم يوجب الرجوع بالقيمة لا بالنفقة، كما في مسألة الخرابة، حتى

⁽١) مجمع الضمانات ص: ٢٣١.

 ⁽۲) يستفاد من الدر في أواخر الاستحقاق ص: ۲۰۱.

لو كتب في الصك: فما أنفق المشتري فيها من نفقة أو رم فيها من مرمة فعلى البائع بفسد. السيم، ولو حفر بترًا وطواها يرجع بقيمة الطي لا يقيمة الحفر، فلو شرطاه فسد، وكذا لو حفر سافية إن قنطر عليها رجع بقيمة بناء القنطرة لا بنفقة حفر الساقية.

وبالجملة: إنما يرجم إذا بنى فيها أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع، فلا برجع بقيمة جص وطين، وتمامه في الفصل الخامس عشر من الفصولين: وفيه شرى كرمًا فاستحق نصفه له رد الباقي إن لم يتغير في يده ولم يأكل من ثمره، ولو شرى أرضين فاستحقت إحداهما إن قبل القبض خير المشترى وإن بعده لؤمه غير المستحق بحصته من الثمن بلا خيار ('').

● (عادة ٥٠٣): إذا قلع المستحق البناء أو الشجر الذي كان قائمًا بالمبيع قبل أن يسلمه المشترى للبائع، فالمشترى للبائع، فالمشترى البخائم، والمشترى البائع، وهو في النقض بالخيار إن شاء سلمه إلى البائع، وهو ورسًا غير مقلوع يوم تسليمه إلى البائع، وإن شاء أمسكه لنفسه ولا يرجع بالنقصان أن المشائع المستحد المستحد

إذا اشترى أرضًا فغرس فيها أغراسًا، أو دارًا فبنى فيها بناء، ثم جاء مستحق استحقها فإنه يأخذها ويقلع الأشجار وينقض البناء، والمشتري يرجع على باثعه بالثمن، وهو بالخيار إن شاء سلم النقض إلى البائع ويرجع بقيمته مغروسًا غير مقلوع ومبنيًّا غير منقوض، وإن شاء حبس لنفسه ولا يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية إلا إذا كان باتفاقهما، وكذا لا يرجع البائع على بائعه بقيمة المبيع عند البناء عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وكذا لا يرجع بنقصان العبب⁹⁰.

(مادة ٥٠٠): إذا بنى المشتري أو غرس في المبيع الذي اشتراه حال كونه عالمًا بأن
 البائع لم يكن مالكًا، وأنه باعه إليه بلا أمر مالكه فلا حق له في الرجوع بقيمة البناء والغراس،
 وإنما يكون له حق في الرجوع بالثمن فقط.

فإن كان المشتري جاهلًا وقت الشراء أن البائع باعه بأمر المالك أو بغير أمره، وغره البائع بقوله: أمرني المالك بالبيع فاشترى وغرس أو بنى في المبيع، ثم استحقه مالكه وأنكر الأمر بالبيع بكون الحق للمشترى في الرجوع بالثمن ويقيمة البناء والغراس ").

⁽١) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٥/٧٠٦.

⁽٢) يستفاد حكمها من جامع الفصولين من السادس عشر في أوسطه ص : ٢١٧.

⁽٣) مجمع الضيانات ص: ٢٣٤.

 ⁽٤) يستفاد نقل هذه المادة من الأنقروية من أوسط الاستحقاق ص: ١٨٩.

المقصود من ضمان الاستحقاق: هو دفع الضرر عن المشتري الذي ألحقه به الباتع بفعله، سواء كان البائع عالمًا أو جاهلًا بسبب الاستحقاق؛ ولذا يضمن قيمة بناء المشتري وغراسه؛ لأنه هو الذي غره، أما لو كان المشتري عالمًا بسبب الاستحقاق أقدم مع ذلك على البناء والغراس في المبيع، فيكون هو الذي أضر بغسه بما تحمله في هذا البناء أو الغراس، ولا ضمان فيما يفعله المرء بنفسه أو ماله طبقًا لما هو مستقر في الفقه الإسلامي، لكن هذا لا يمنع من ضمان البائم الثمن الذي دفعه إليه المشتري، وهذا هو منصوص البند الثاني من المادة (٥٠١ م) من القانون المدنى الأردني، ونصها:

و لا يمنع علم المشتري بأن المبيع ليس ملكًا للبائع من رجوعه بالثمن عند الاستحقاق ٤. ومفاد النص على الرجوع بالثمن: أنه لا حق للمشتري فيما تحمله فوق ذلك مع علمه بأن المبيع ليس ملكًا للبائع، والمشتري معتد بتصرفه في ملك الغير، دون إذن منه، والقاعدة: أنه ليس لعرق ظالم حق، وتفق هذه المادة مع المواد (٤١٣) مدني سوري، (٥٥٦، ٥٥٧) مدنى عراقي، والمادة (٤٠٣) من المجلة العدلية وشرحها للأناسي.

♦ (مادة ٥٠٥): إذا استحق بعض العبيع قبل القبض بطل البيع في قدر المستحق، ويخير المشتري في الباقي إن شاء رده ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق، مسواء أورث الاستحقاق عبيًا في الباقي أم لا، أي سواء كان قبميًّا أو مثليًّا؛ لتفرق الصفقة بعد الثمام، وكذلك الحكم إن قبض بعضه ثم استحق، سواء استحق المقبوض أو غيره، وإن استُحق مضع بعيته قبل القبض فالمشتري بالخيار أيضًا، وإن استحق بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق (١٠).

لو استحق بعض المبيع، فإن كان استحقاقه قبل القبض خُيرُ في الكل لتفريق الصفة، وإن بعد القبض خير في القيمي لا في غيره؛ لأن التبعيض في القيمي - كالثوب - عيب فيخير، بخلاف المثلي، وفي شروط ظهير الدين: إذا استحق نصف الدار شائمًا فالمشتري بالخيار عندنا، إن شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسك ما بقي، ورجع على البائع بثمن المستحق، وإن استُجق منها موضعٌ بعيته إن كان قبل القبض فهو بالخيار، وإن بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق، وقال الخصاف: له أن يرد الكل ويرجع بالثمن، وفي شرح الطحطاوي: إذا اشترى شيئًا ثم استحق بعضه، فإن كان شيئًا لا يمكن تمييزه

⁽١) يستفاد من ص : ٢١٢ من حاشية رد المحتار على الدر المختار.

إلا بضرر كالدار والأرض والكرم والعبد يتخير المشتري وإلا فلا، وإن قبض المشتري أحد المبيعين فيما إذا وقع البيع على شيئين فحكمه ما قبل قبضهما، فثبت الخيار للمشتري سواء ورد الاستحقاق على مقبوض أو غيره؛ لتفريق الصفة قبل التمام(١٠٠).

وتتفق هذه المادة مع العادة (٤١١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية "، ونصها:

١ - « إذا استحق بعض المبيع، أو وجد متقاد بحق أو قيد، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علم به لما أثم العقد، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه، على أن يعوضه البائع.

۲ - فإذا اختار المشتري استيفاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر
 المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضور بسبب
 الاستحقاق ۲۰۰۰.

⁽١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٢/ ٥١.

⁽٢) انظر المادة (٤١١) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية

ص : ۱۳۸. (٣) تفقر هذه المادة في حكمها مع المادة (٤٤٤) من القانون المدني المصري التي تنص عل ما يأتي: ﴿ إِذَا استحق بعض المبيم، أو وجد مثقلاً بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدرًا لو علمه لما أثم المقد، كان له أن يطالب

الباتع بالمبائغ المبينة في المادة السابقة، عل أن يردك المسيح وما أفاده ث ؟ . ونص هذه المادة بعبر عن وجود عيب في المبيع بقوله: إن خسارة المشتري قد بلغت قدرًا لو علم به لما أتم العقد؛ إذ إن

المقصود بالعيب في تعبير الفقه الإسلامي هنا هو تفريق الصفقة عل المشتري وما يسببه من خسارة. والتمويض المشار إليه في حالة استبقاء المبيم أو عدم بلوغ الخسارة الحد المين في الفقرة الأولى يرادبه حصة القدر المستحق من الثمن بالإضافة إلى تعويض الخسائر الأخرى.

وتتفق هذه المادة المفترحة في حكمها مع المادة (٤٨٥) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

١ - ٩ إذا استحق بعض الميع، أو ثبت عليه حق للغير، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم
 المقد، كان له أن يرد الميع رما أفاده منه، على أن يعوض في حدود ما تقضي به المادة السابقة.

نتصف بان من بررسيخ وما مصره - من بي يومون ي حصوره ما هيم. ٢ - فإذا أختار المشرى استبقاء الميم، أو كانت الحسارة التي تمقت لم تبلغ القدر المين في الفقرة الأولى، لم يكن له [لا أن يطالب بالتمويض عا أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق رفقاً لما تقضي، به المادة السابقة،

وتقابل المادة (٥٥٥) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

١ - و إذا استحق بعض المبيع، أو كان مقلًا بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد، كان للمشتري أن يفسخ العقد.

٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عها أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق ٩. وتقابل المادة (٩٠٩) من التقنين الأردني التي تنصر على ما يأتي:

١ - ٩ أذا استحق بعض المبع قبل أن يقبضه كله كان للمشتري أن يرد ما قبض ويسترد الثمن، أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق.

[.] ٢ - وإذا استحق بعض الميع بعد قبضه كله، وأحدث الاستحقاق عيبًا في الباقي كان للمشتري رده والرجوع على البائع =

♦ (مادة ٢٠٥): إذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره، ثم إن أحدث الاستحقاق عيناً في الباقي ينخبر المشتري إن شاء رده ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه ورجع بثمن المستحق، وإن لم يحدث عيبًا في الباقي بأخذه المشتري بلا خيار، ويرجع بحصة المستحق، كثوبين استحق أحدهما، أو كيلي، أو وزني استحق بعضه، ولا يضر تبعيضه فالمشتري يأخذ الباقي.

تفريق الصفقة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان، وبعده يجوز في غير المكيل والموزون، وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدًا، سواه كان في وعاء واحد أو في وعاء ين على اختيار المشايخ، وقبل: إذا كان في وعاءين فهر بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة؛ لأنه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع، ووجه الأظهر: أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسمًا وحكمًا؛ أما الأول: فلأنه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما، وأما الثاني: فلأن المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع؛ لأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم، ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد.

وفي الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيبًا ليس له إلا رد الكل أو إمساكه؛ لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري، وهي في الأعيان المجتمعة عيب، فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك، فإن قيل: لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القيض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالإجماع، فالجواب: أنه على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة: ساقط، وعلى الأخرى: إنما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه؛ لأنه لا يضره التبعيض؛ لأن استحقاق البعض لا يوجب عيبًا في المستحق وغيره؛ لأنهما في المالية سواه، والانتفاع بالباقي ممكن، وما لا يوجب عيبًا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررًا، بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبًا وميزه ليرده؛ لأن تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب، بخلاف الثوب الواحد فإن التبعيض يضره، والشركة عيب فيه زائد فلم يبق إلار دالكل أو إمساكه.

وهذا، أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد إذا كان بعد القبض، وأما إذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام، وهذا يرشد إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى

⁼ بالثمن، أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن، وإن لم يحدث عيبًا، وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشتري. إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق.

٣ - فإذا ظَهر بعد البيع أن على المبيع حقًا للغير كان للمشتري الحيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائم بالثمن ٤.

٨٧٢ ----- اليوع: تسليم الم

رضا الماقد وقيض المبيع، وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها، وإن كان المبيع ثربًا واحدًا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي؛ لأن التشقيص في الثوب عيب؛ لأنه يضر في ماليته والانتفاع به، فإن قيل: حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنم الرد بالعيب، أجيب بأنه قد كان وقت البيع، يعني أنه ليس بحادث في يده، بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانمًا، بخلاف المكيل والمورون فإن الشقيص ليس يعيب فيهما حيث لا يضر.

وحكم العيب والاستحقاق سبَّان قبل القبض في جميع الصور، أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما، أما العيب فظاهر، وأما الاستحقاق فلقوله: أما إذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي؛ لتفرق الصفقة قبل التعام، وحكمهما بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون؛ لأنه لو استحق أحد الثوبين ليس له أن يرد الآخر، وللمشتري في المكيل والموزون رده كله أو أخذه، والمو اد بعد القيض (١٠).

...

(مادة ٧٠٥): إذا بنى المشتري في العبيع، ثم استُوقَ منه جزء شائع ورد المشتري ما بقي منه على المبائح على المشتري ما بعينه منه على البائع ونصف قيمة البناء، وإن استحق منها جزء بعينه فإن كان البناء في ذلك الجزء خاصة رجع المشتري بجميع قيمة البناء، وإن كان في الجزء الآخر فلا يرجم بقيمته "".

تتعلق هذه المسألة بالقواعد السابقة، وهي نوع تطبيق عليها، وتوضيحها أنه: لو اشترى رجل دارًا وبنى فيها، ثم استحق رجل نصفها ورد المشتري ما بقي على البائع، كان له الرجوع على البائع بالثمن وبنصف قيمة البناء؛ لأنه مغرور في النصف، ولو استحق منها نصفًا بعينه وكان البناء في النصف الذي لم يستحق كان له أن يرجع برد الباقي، ولا يرجع بشيء من البناء.

 (مادة ٥٠٨): إذا استحق أحد البدلين في المقايضة، وهي بيع عين بعين يرجع المشتري بالبدل الآخر إن كان قائمًا، أو بقيمته إن كان هالكًا لا بقيمة المستحق^(٣).

هذه المسألة تطبيق لقواعد الاستحقاق السابقة بخصوص المقايضة التي يكون فيها كل من البدلين ثمنًا ومبيمًا؛ ولذا لو استحق أحدهما ردَّ الآخر؛ ولذا فإنه إذا اشترى قمحًا بشعير

⁽١) العناية شرح الهداية : ١/ ٣٨٩. (٢) يستفاد من الأنقروية أواخر الاستحقاق ص : ١٩٠.

⁽٣) يستفاد من الأنقروية من الاستحقاق ص : ١٨٢.

وتقابضا، ثم وجد بالقمح عيبًا فإنه يرجع بحصة العب من الشعير فيُعَرَّم القمح سالمًا ويُقَرَّم وبه العيب، فإن كان ذلك ينقصه العشر رجع بعشر الشعير؛ لأنه بدل القمح، ألا ترى أنه لو كان قائمًا بعينه رده؟ وأخذ الجارية والرجوع بحصة العيب من البدل، وكذلك الحيوان والعروض كلها إذا استحق أحد العوضين أو رد بالعيب فقد انفسخ العقد، فيرجع بالبدل إن كان قائمًا ويقيمته إن كان هالكًا؛ لأنه تعذر استرداده مع قيام السبب الموجب للرده وكذلك ما يكال أو يوزن إن كان بعينه فإن فوات القيض فيه مبطل للعقد كما في العروض.

ولو أقرَّ المشتري به الإنسان ولم يُقِمَ عليه بينة لم يرجع على البائع بشيء؛ لأن إقراره حجة في حقه دون البائع، فهو في حق البائع متلف للسلمة بإقراره، وإن استحق بيبنة فقال البائع: ليس هو المبيع الذي بعتك، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه ينكر البيع في هذا الشيء الحاضر، ولو أنكر جريان البيع بينهما أصلًا كان القول قوله مع يمينه، وكان على المشتري إثبات العقد بالبينة فكذلك إذا أنكر المقد في هذا المحراً (١٠)

...

● (مادة ٥٠٩): ما يدخل في البيع تبعًا إذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن، فيرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن^(۱).

وإذا استحق قبل القبض، فإن كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن، فلا يرجع بشيء، بل يخير بين أخذ المبيع بكل الثمن أو تركه، وإن كان يجوز بيعه وحده كالشجر والبناء تكون له حصة من الثمن فيرجم بها على البائم.

في جامع الفصولين: شراه فهنى فاستحق نصفه ورد المشتري ما يقي على الباته، فله أن يرجع على باته، فله أن يرجع على باتعه بثمنه، وينصف قيمة البناء الأنه مغرور في النصف، ولو استحق نصفه المعين، فلو كان البناء في النصف الذي لم يستحق البناء في ذلك النصف الذي لم يستحق فله أن يرد البناء، ولا يرجع بشيء من قيمة البناء، ولو اشترى نصفه شَمَاعًا فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصف الباقي، وهو الربع، سئل بعضهم عمن اشترى أرضًا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحق الأشجار هل لها حصة من الثمن؟ قال لا كما في قفل دار وبرذعة حمار فإن ما يدخل تبكا لا حصة له من الثمن؟

(۱) الميسوط: ۱۲۲/۱۳.

 ⁽٢) يستفاد حكمها من أواخر الاستحقاق في رد المحتار ص: ٢٠٢.

⁽٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٦/ ١٦١، ١٦١.

٨٧٤ ---- البيوع: تسليم المبيع

 (مادة ٥١٠): إذا ولدت الدابة المشتراة عند المشتري، ثم استحقت بالبينة فالمستحق يأخذها مع نتاجها، والمشتري برجع على البائم بالثمن وقيمة النتاج.

يد المشتري على المبيع الذي ظهر مستحقًا يد ضمان؛ لورودها على ملك الغير دون إذنه، فيأخذها هذا الغير مع نمائها؛ لطروء النماء على ملكه، ويرجع المشتري على البائع بما تضرر به؛ لأنه هو الذي غره، وهذه المادة توضيح لهذه القاعدة وتطبيق عليها.

● (مادة ٥١١): إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع فلا بد للمستحق من أن يبرهن على قيمته يوم الشراء، فيضمن المشتري القيمة ويرجع على بائعه بالثمن لا بما ضمن^(١).

في جامع الفصولين: استحقاق بدل العبيع يوجب الرجوع بعين المبيع قائمًا وبقيته هالكًا، وفيه أيضًا: إذا استحق أحد البدلين في المقايضة وهلك البدل الآخر تجب قيمة الهالك لا قيمة المستحق لانتقاض البيع، وفي حاشية الخير الرملي: هذا يدل بإطلاقه على ما لو باعه المقايض لغيره وسلمه له، ثم استحق بدله استحق من يد المقايض للثاني أن يرجع بعين المبيع على المشتري منه لانتقاض البيع، ومن لوازمه: رجوعه إلى ملكه، فإذا رجع عليه وأخذ منه يرجع هو بما دفع لبائعه من الثمن، وتسمع دعوى مالك المبيع على المشتري بغيبة بائعه لدعواه الملك لنقسه، فينتصب خصمًا للمدعي، وهو واقعة الحال في مقايضة بهيم بيهيم وتقايضا، وباع أحدهما ما في يده وسلم فاستحق من مشتريه، ولم أر فيها صريح النقل غير ما هنا.

لكن مجرد الاستحقاق لا يوجب نقض البيع وفسخه كما مربيانه، إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة مثلاً، وهي واقعة الفترى، وقد أجبت بأن المستحق لا بد له من إقامة البينة على قيمتها يوم الشراء فيضمن المشتري القيمة، ويرجع على بائته بالثمن لا بما ضمن؛ لأن المشتري غاصب الغاصب، وقد صرحوا في الغصب بأن المشتري من الغاصب إذا ضمن القيمة يرجع على بائه بالثمن؛ لأن رد القيمة كرد العين⁷¹.

وتنفق هذه المادة مع ما جاء في المواد (٤١٦) مدني سوري، (٥٤٧) مدني عراقي، (٥٠٠) مدنى أردني، ونص المادة الأخيرة:

١ - ١ إذا وقع الادعاء بالاستحقاق من بعد هلاك المبيع بيد المشتري ضمن للمستحق

⁽١) حكمها في رد المحتار من خاتمة في آخر الاستحقاق.

⁽٢) رد المحتار : ٤/ ١٩٤.

قيمته يوم الشراء، ورجع على البائع بالثمن.

 ٢ - وإذا كانت القيمة التي ضمنها المشتري أكثر من الثمن المسمى كان له الرجوع بالفرق، مع ضمان الأضرار التي يستحقها وفقًا للفقرة (٤) من المادة (٥٠٥).



(مادة ٥١٢): البيع المطلق أي المجرد من شرط البراءة من العيوب، ومن ذكر العيب
 والسلامة يقتضى أن يكون العبيع سالمًا خاليًا من كل عيب.

الشراء إنما شرع لدفع الحاجة، ودفع الحاجة على التعام إنما يكون بالسالم من العيب غالبًا، فكان قصد المشتري بالشراء إلى السالم هو الغالب، فكان وصف السلامة كالمشروط، فيتخيرعند فقد، كي لا يتضرو بالزام ما لم يرض به؛ ولأن السلامة من العيب لما كانت الأصل في المخلوق انصرف مطلق العقد إليها (١٠).

وتقابل هذه المادة المواد (٤١٦،٤١٥) مدني سوري، والمادة (٣٣٦) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (٥١٢)) مدني أردني، ونصها:

١ و يعتبر البيع منعقدًا على أساس خلو المبيع من العيوب، إلا ما جرى العرف
 على التسامح فيه.

٢ - وتسرى القواعد العامة بشأن خيار العيب على عقد البيع... ».

€ (هادة ٥١٣): يثبت خيار العيب للمشتري وإن لم يشترطه في عقد البيع.

العيب هو: كل ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار نقصاتًا فاحشًا أو يسيرًا، كالعمى والعور والحول، وحكمه أن يكون المشتري مخيرًا إن شاء رد المبيع، وإن شاء قبله بثمنه المسمى، وليس له أن يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه العيب، وهذا يقال له: خيار العيب، ولا يثبت خيار العيب إلا بشروط ثمانية:

١ - ألا يرى المشتري حين الشراء والقبض ذلك العيب، وإذا رآه يجب أن يكون لا يعلم
 أنه عيب عند التجار.

٢ - ألَّا تحصل حالٌ تدل على رضاه بالمبيع بعد اطلاعه على العيب.

٣ - ألَّا يشترط في البيع براءة البائع من دعوى العيب.

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي: ٢/ ٣٣٦.

- ٤ أن يكون العيب قديمًا.
- ٥ ألا يمكن إزالة العيب بلا مشقة.
 - ٦ أن يكون العيب ظاهرًا.
- ٧ ألا يزول ذلك العيب قبل الفسخ.
- ٨ ألا يكون ذلك العيب من لوازم الخلقة السليمة.

ولا فرق بين أن يكون العيب يسيرًا أو فاحشًا، العيب اليسير: ما يدخل تحت تقويم المعقومين، مثلاً: إذا قدر شخص مالًا سالمًا من العيب بألف قرش، وقدره وهو معيب بتسعمائة، وقدره آخر في هذه الحال بألف قرش يكون العيب يسيرًا، والعيب الفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، مثلًا: إذا قوم أهل الخيرة جميعًا قيمة المال سالمًا من العيوب بألف قرش، وقيمته معيبًا خمسمائة يكون العيب فاحشًا.

والمشتري له أن يفسخ البيع ويرد المبيع إما بالذات وإما بواسطة وكيله، وإما إلى البائع أو وكيله، وأن يستر دمه الثمن إذا كان قد أداه، ويستثني من هذه القاعدة المسائل الآتية:

الأولمي: إذا اشترى الوكيل والوصي بالوكالة أو الوصاية مالًا بأنقص من قيمته، فليس لهما رد المبيع بخيار العيب – انظر المادة (٨٥) – ولكن لهما فسخ البيع بخيار الرؤية.

الثانية: إذا باع شخص من آخر مالاً وسلمه، وقبل قبضه الثمن وهبه ذلك الثمن أو أبرأه منه، ثم اطلع المشتري على عيب في المبيع فليس له رد المبيع واسترداد الثمن؛ لأنه ليس على المشتري أي ضرر من العيب؛ لأنه أخذه بلا ثمن، أما إذا وهب البائع المشتري وسلمه إليه بعد أن قبضه من المشتري، واطلع بعد ذلك على العيب فله رد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن منه.

الثالثة: إذا باع المشتري مالاً من آخر وسلمه إليه ثم اشتراه منه، فظهر له أن فيه عيماً قديمًا حينما كان في بد البائع الأول، فليس له أن يرد المبيع إلى أحد، مثال ذلك: لو باع شخص من آخر مالاً، وباع الآخر ذلك المال إلى آخر، ثم باع الآخر الأخير ذلك المال من باتعه فوجد فيه باتمه عبداً قديمًا، فليس له أن يرده إلى باتمه، هذا كما ليس له أن يرده إلى باتمه الأول؛ لأنه لو جاز له أن يرده إلى باتمه الأخير جاز لبائمه الأخير أن يرده إليه، فلا يكون فائدة لهذا الرد، كما أنه ليس له أن يرده إلى باتمه الأول؛ لأنه لم يشتر ذلك المال منه آخر (رد المحتار).

الرابعة: إذا نقل المشتري العبيع إلى موضع آخر غير موضع الشراء، فليس له أن يرده بخيار العيب، سواء أوجب النقل زيادة في ثمن العبيع أم لا، إلا أنه إذا أعاده إلى موضع الشراء فله أيضًا ٨٧٨ ------ اليوع: تسليم المبع

رده، كذلك إذا اطلع المشتري على عيب المبيع وثبت له حق الرد بخيار العيب، إلا أنه زال العيب قبل الرد بطل خيار عيم، وإذا رد المشتري المبيع بخيار العيب فمؤنة رده ونفقته تلزمه (١٠٠).

وهذا يتفق مع ما ورد في العادة (٨٣) وشرحها من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

 « من اشترى شيئًا ووجد به عيبًا فله الخيار في رده أو أخذه بكل ثمنه، وليس له إمساكه وإنقاص ثمنه إلا برضا البائم».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: حكم خيار العيب أنه يمنع لزوم العقد
بعد تمامه، فإذا أطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الشمن،
وإن شاء رده؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة في المعقود عليه من العيب؛ لما روي
أن رسول الله ﷺ اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدًا لا داء ولا غائلة ولا خيبية، بيع المسلم من
المسلم ، وفي هذا تنصيص على أن اليع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، ووصف السلامة
يفوت بوجود العيب، فعند فواته يتخبر؛ لأن الرضا داخل في حقيقة البيع، وعند فواته يتنفي
الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به، وهذا التخير إذا لم يتعين على المشتري إمساكه، وذلك
إذا وجد مانع يمنع الرد، بأن حدث عنده عيب آخر، فيتعين في هذه الحالة أخذ المبيع.

وليس للمشتري أن يمسك المبيع ويطالب البائع بما يقابل نقصان العبب من الشمن؛ لأن العبب وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد، ولأن الشمن عين، فإنما يقابله بمثله، والوصف دونه فإنه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعًا لعروضه غير متفرد به، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسعى، وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيًّا، وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع، فيكون إلزامًا على البائع بلا بيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة، فلا ضرورة في أخذ النقصان، فإن رضي البائع بإمساك المشتري المبيع المعيب ونقص ثمته فله أن يمسكه").

وبهذا فإن خلو المبيع من العيوب وثبوت خيار العيب إنما هو بالشرع لا بالشرط.

⁽١) انظر مجلة الأحكام العدلية : ٢٣٨/١.

⁽٢) تقنين الشريعة الأسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨٣) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

 (مادة ٥١٤): العيب الموجب لرد المبيع هو ما ينقص الثمن ولو يسيرًا، أو ما يفوت به غرض صحيح (١٠ بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه (١٠).

العيب ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، سواء كان يسيرًا أو فاحشًا، ويعرف العيب أيضًا بأنه ما تقتضي الفطرة السليمة أن يكون الشيء خاليًا منه، كحبة الحنطة التي لم تملأ لتأثير الهواء فهي معيبة، أما النقص الذي هو من مقتضى الخطة السليمة فلا يكون عيبًا كالحنطة الرديتة فلا تكون معيبة؛ لأن من مقتضى الفطرة أن تكون الحنطة عالية أو وسطًا أو رديتة، أو ما يكون مضيمًا لغرض المشتري كشراء الأضحية مقطوعة الأذن فهي معيبة بالنظر للمشتري، والعيب هو: ما لا يمكن إزالته إلا بعشقة، كالزيت على الثياب

واعلم بأن عبارة و عند التجار ، الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي، فاللؤلؤ والجوهر يقدر عيبه من بائمي المجوهرات، والكتب يقدر عيبها من بائميها، أما إذا تبين أن الحمار لا ينهق كالمعتاد، أو أن في الدار المباعة قبرًا، أو قبل بأن الدار مشوومة، أو كانت الحنطة المباعة متربة أو حبها رفيمًا، أو وجد في الكرم مأوى جيوش النمل، أو ظهر أن الجمل المباع من غير الجنس الذي وقع عليه البيع، أو ظهر أن الكتاب المباع ناقص جزءًا أو جزاين، أو ظهر أن اللحم المباع على أنه لحم غنم لحم ماعز، أو الحصان لا يقف للركوب ولا يأخذ اللجام في فمه، أو ظهر في الدار المباعة طريق أو مسيل للغير، أو في الكرم المباع حصة للغير، أو ظهر في السمن ملح كثير، أو الدار التي يبعت مع مسيلها في ملك الغير إذا ظهر إن لاحق ولا قدم لهذا المسيل كل ذلك عيوب تستحق فسخ البيع".

وهذه المادة تنفق مع المادة (٨٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ونصها:

« العيب المثبت للخيار هو ما يوجب نقصًا في القيمة، ولا يزال إلا بمشقة ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن المذكور هو ضابط العيب الذي يردبه المبيح؛ لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به، والمرجع في كونه عيبًا أو لا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار، وأرباب الصنائع إن كان المبيع

⁽١) هذه المادة تنفق مع المادة (٤١٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

⁽٢) أخرج بالغالب ما لو كانت الأمة ثيبًا مع أنّ الثيابة تنقص القيمة، لكنه ليس الغالب عدم الثيابة، رد المحتار من أول خيار العيب.

⁽٣) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣٣٨).

= البيوع: تسليم المبيع

من المصنوعات، فالمرجع في معرفة العيب عرف أهله، سواء كان العيب ينقص العين، أو لا ينقص منافعها، بل مجرد النظر إليها وألا يتمكن من إزالته إلا بمشقة(١).

تتفق هذه المادة مع المادة (٤١٤) من مشروع القانون المدنى طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامة (٢)، و نصها:

١ - ﴿ يكونَ البائع ملزمًا بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع في هذا الوقت عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة المستفادة مما هو مبين في العقد، ومما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده.

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشًا منه ١٥٠٠.

(١) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أي حنيفة النعيان المادة (٨٤) الطبعة التمهيدية.

(٢) انظر المادة (٤١٤) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدنى طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٤١.

(٣) هذه المادة تطابق المادة (٤٤٧) من مشروع القانون المدني المصري، وتقابل المادتين (٥٥٨، ٥٥٩) من التقنين العراقي: فالمادة (٥٥٨) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١٥ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم، كان المشترى غيرًا إن شاء رده، وإن شاء قبله بثمنه المسمى.

٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديهًا إذا كان موجودًا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم ٤. والمادة (٥٥٩) تنص على أنه: ﴿ لا يضمن البائع عيبًا قديبًا كان المشتري يعرفه، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص

المبيع بها ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أخفَى عنه العيب غشًا منه ٣. وتقابل المواد (٤٨٩، ٤٩١) من التقنين الكويتي:

فالمادة (٤٩٣) من هذا التقنين تنص على أنه: ﴿ يكونَ البائم ملزمًا بالضيان وفقًا لأحكام المادة (٤٨٥) إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له ٤.

والمادة (٤٩٥) تنص على أنه: ﴿ لا يضمن البائع عيبًا كان المشتري يعرفه وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بها ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد إخفاءه غشًا منه ؟.

والمادة (٤٩٨) تنص على أنه: ﴿ إِذَا لَم تَتُوافَر فِي المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائم للمشتري وجودها فيه، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض، أو أن يستبقي المبيع مع طلب التعويض عها لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات ٤.

وتقابل المواد (١٦٥ / ٢، ١٣٥ / ٢، ٢، ٤، ١٤٥ / ١، ٢، ٣) من التقنين الأردني:

♦ (مادة ٥١٥): يشترط أن يكون العيب الموجب لرد المبيع قديمًا.

من شروط ثبوت خيار العبب للمشتري أن يكون العبب قديمًا على النحو الذي اتضح في اتجاهات الفقه الإسلامي ونصوص القوانين المدنية العربية، وإذا أراد المشتري فسخ البيع بعضور البائع، البيع بلعبب القديم ينظر، فإذا كان البيع لم يقبض فللمشتري فسخ البيع بعضور البائع، وينفسخ البيع بمجرد قول المشتري: فسخت البيع؛ لأن خيار العبب مانع لتمام عقد البيع قبل القبض فلا يحتاج الفسخ إلى حكم الحاكم أو إلى رضا البائع، بل يكفي فيه حضور البائع، وإذا كان المشتري قبض المبيع واستلمه وأراد الفسخ فيحتاج إلى حكم الحاكم أو رضاء البائع، وإذا ترك المشتري المبيع بدار البائع أو غاب البائع وفسخ المشتري البيع بحضور جماعة، وحفظه أمانة لحضور البائع فتلف المبيع يضمته المشتري، وإذا فسخ البيع للعيب القديم وقبل البائع قولًا أو فعلًا باسلام المبيع تم الفسخ (١٠).

 (مادة ٥١٦): العيب القديم هو ما كان موجودًا في المبيع وقت العقد، أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم (٢٠٠ .

العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح

= فالمادة (٢٥/٦) من هذا التقنين تنص على أن: 3 تسري القواعد العامة بشأن خيار العيب (انظر المواد ١٩٣) على عقد البيم مم مراعاة الأحكام التالية:

والمادة (١٣٥/ ٢،٢،٤) تنص على ما يأتي:

- ويعتبر العيب قديهًا إذا كان موجودًا في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

- يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندًا إلى سبب قديم، موجودًا في الميع عند البائع. - يشترط في العيب القديم أن يكون خفيًّا، والحفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر الميم، أو لا يتينه الشخص

العادي، أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة ٤.

والمادة (٢،٢/٥) تنص على ما يأي: ولا يكون البائع مسؤولًا عن العيب القديم في الحالات الآتية:

١ - إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع.

٢ - إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بها فيه من العيب.

٦- إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر ٤.
 ويتضح من هذه النصوص أن شروط العيب الموجب للضيان واحدة في نصوص العديد من القوانين المدنية العربية

بها يشعل المدني المصري، والعراقي، والكويتي، والأردني. انظر في تخلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه، المواد (٩٠، ٩٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية عل مذهب الإمام مالك.

(١) شرح عجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣٢٧).

(٢) يستفاد من رد المحتار في أوائل خيار العيب ص: ٧٢.

إذا كان الغالب في أمثال العبيع عدمه (١٠) ويكون قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع وهو عند البائع، يعني يشترط في ثبوت خيار البيع للمشتري أن يكون العيب في المبيع موجودًا وهو في يد البائع، وعليه: فالذي يحدث بعد البيع والتسليم لا يكون للمشتري به خيار العيب، وإذا اختلف البائع والمشتري في العيب فادعى البائع أن العيب لم يكن قديمًا وأنه حدث وهو في يد المشتري، وادعى المشتري أنه كان وهو في يد البائع، فإن كان من المحتمل حصوله وهو في يد المشتري فالقول مع اليمين للبائع؛ لأن البائع منكر للخيار، إلا أنه ترجح بينة المشتري في حق قدم ذلك العيب؛ لأنه يثبت بها الخيار ١٠٠

ولو ادعى البائع حدوثه في يد المشتري، والمشتري قدمه في يد البائع، فالقول للبائع، والبينة للمشترى.

ويتفق نص هذه المادة مع ما جاء في العقد في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (٥٣٠) من القانون المدني الأردني، ويتسها:

١ - د يعتبر العيب قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع قبل البيع، أو حدث بعده وهو في يد. البائم قبل التسليم.

 ح. يعتبر البيع الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندًا إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع ٤.

● (مادة ٥١٧): إذا ذكر الباتع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى، وله رده بعيب آخر، ولو قبله المشتري بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى, ولا بعيب آخر.

لا يكون للمشتري خيار العيب:

أولًا: إذا ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا، وقبل المشتري مع علمه بالعيب.

ثانيًا: إذا رأى المشترى ذلك العيب وقت الشراء واشتراه مع علمه بالعيب.

ثالثًا: إذا لم يطلع على العيب حين البيع والقبض وإنما اطلع عليه بعد ذلك فرضي.

رابعًا: إذا اشترى المبيع بعد أن أخبره شخص ثالث بوجود عيب فيه، فليس للمشتري حق الخيار بسبب ذلك العيب، حتى إنه لو رأى جرحًا في البغلة التي اشتراها أثناء الشراء، فقال له

⁽١) المادة (٥٥٨) من التقنين العراقي.

 ⁽٢) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣٤٥، ٢٤٦ المادة (٣٢٩).

يوع: تسليم المبيع 🚤 🚤 🛶 🛶

البائع: إن هذا الجرح حادث من ضربة أو جرح بسيط يلتتم في مدة قليلة، أو قال له: إذا ظهر أن الجرح قديم أو سيئ العاقبة فإنني مستعد حيتلذ لإعطاء الجواب أو ما أشبه ذلك، ثم ظهر أن الجرح قديم ومهلك فليس له أن يردها على البائع.

فلذلك لو باع شخص من آخر فرسًا فيها جرح وقال للمشتري: لا تخف من هذا الجرح، وإذا تلفت الفرس منه فأنا ضامن لك، ثم تلفت بعد القبض فلا شيء عليه، وكذلك لو أخير شخص آخر أن في الشيء الفلاني عينًا فاشتراه فليس له خيار العيب، ويشترط عند الإمام الأعظم أن يكون المخبر عدلًا، أما عند الإمامين فلا يشترط ذلك، ولا يكون للمشتري خيار العيب، ولو كان المخبر عدلًا بسبب ذلك العيب؛ لأنه إذا وجد فيه عيب آخر فللمشتري الحياب الأخر، وإذا قال البائع بعد القبض: إن في المبيع عيبًا قلم يصدقه المشتري، بل قال: إن غرضه أن أرده عليه فقبضه إياه لا يكون رضاء بالعيب، وكذا تصرفه فيه ما لم يصدقه، لكن الاحتياط أن يقول له: أنا لا أعلم بذلك ولا أرضى بالعيب، فله فله عندى أرده عليك.

ولو اشترى شخص حيوانًا مجروحًا مع علمه بعيبه هذا، وبعد أن عالج ذلك الجرح ظهر له فيه عيب قديم آخر، فهو مخير بالعيب الآخر، حتى لو تصالح مع الباتع على العيب القديم على مال فظهر له بعد الصلح عيب آخر قديم فله أن يرده على الباتع مع بدل الصلح، ولو رأى المشتري العيب حين الشراء، غير أنه لم يعلم بأنه عيب عند التجار، ولكن علم به فيما بعد فلا عيار كان العيب من العيب المشتري الحيب من العيب المقاهرة التي يعلمها كل إنسان، وإلا فله الخيار، وكذا إذا كان ذلك العيب من البغة التي يريد شراءها فاشتراها وهو لا يعلم أن ذلك الجب عيب عند أرباب الخبرة بعد القبض فله ردها(١٠).

هذه المادة تتفق مع المادة (٤٠٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية(٢)، ونصها:

و يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشًا منه "".

⁽١) شرح عجلة الأحكام: ١/ ٣٤٧ المادة (٣٤١).

 ⁽٢) انظر ألمادة (٤٠٠) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
 (٣) هذه المادة تطابق المادة (٤٠٣) من القانون المدني المصرى، و المادة (٤٩٥) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (٥٦٧ ، ٥٦٨) من التقنين العراقي.

(مادة ٥١٨): اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب به، وقبل المشتري المبيع بهذا المشتري المبيع بهذا الشرط صبح البيع والشرط صبح البيع والشرط صبح البيع والشرط صبح البيع والشرط صبح المياب الموجود وقت المقلد ومن العيب المحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية: يبرأ من الموجود دون الحادث فللمشتري رده بالحادث لا بالموجود (٠٠).

« وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب وإن لم يسم، خلافًا للشافعي؛ لأن البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده، ويصح عندنا لعدم إفضائه إلى المنازعة، ويدخل فيه الموجود والحادث بعد العقد قبل القبض فلا يرد بعيب، وخصه مالك ومحمد بالموجود كقوله: من كل عيب به؛ ولو قال: مما يحدث صح عند الثاني وفسد عند الثالث "".

وهذا يتفق مع المادة (٣٤٢) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها للمحاسني،

(٢) رد المحتار: ٥/ ٤٢.

^{= (} فالمادة ٥٦٧) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - و إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سهاه فلا خيار له في رده بالعيب المسمى، وله رده معين آخر.

 ⁻ وإذا انشرط البانع براءته من كل عيب، أو من كل عيب موجود بالميع، صح اليع والشرط، وإن لم يسم العبوب،
 ولكن في الحالة الأولى بيراً البانع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية
 بيراً من الموجود دون الحادث ٤.

و المادة (٥٦٨) تنص على ما يأتي:

١ - ١ يجوز أيضًا للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان.

٢ - على أن كل شرط يسقط لضيان أو ينقصه يقع باطلًا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب ٤.

وتقابل المادة (٤/٥١٤) من التقنين الأردني آلتي تنص على ما يأتي: • لا يكون البائع مسؤولًا عن العبب القديم في الحالات التالية:

⁻ إذا باع البائع المسيم بشرط عدم مستوليته عن كل عب فيه أو عن عب معين، إلا إذا تعمد البائع إخفاء العب أو كان المشترى بحالة تمنعه من الاطلاع على العب ع.

أما حالة تعمد البائع إخفاء العيب في الميخ فشًا منه، فيعل شرط إسقاط الضيان أو إنقاصه، انظر المادة (90) من - مشروع تفتين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك؛ حيث جاء فيها: أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه إلا من العيوب التي لا يعلمها، أما التي علمها وأخفاها عن المشتري فلا يبرأ منها؛ لأن هذا من باب الغش.

⁽١) جاء في بدائع الصنائع: ١٣/ ١٩٠٤ باب العرب في البيرع قال - رحمه الله -: وإذا برئ البائع إلى المشتري عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز، وإن لم يسم العرب عندنا، وقال الشافعي: شرط الراءة عن العرب المجهولة باطل، إلا أن يكون عن أل عيب له فو لان: في أحد القرارين البيع عن المنافعة عن المنافعة ولان في أحد القرارين البيع فاسد في الفري المنافعة عن المنافعة هوا ولأن هذا شرط يعتم موجب العقود عليه على المنافقة هوا ولأن هذا شرط يعتم موجب العقدة لأن موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة ومنافعة من المنافعة هوا ولأن هذا شرط يعتم موجب العقدة المنافعة عن المنافقة السلامة الشرط يعتم من اللك فهو نظير شرط يعتم نشا اللك، ولأن البيام يلترم تسليمه على الصفة الشرط يعتم من اللك غير معلوم عند المتافقين والترام تسليم المجهول، لأنه يلترم تسليمه على الصفة الشرط عليه ما يسلم المجهول، الأنه يلترم تسليم المجهول، الأنه يلترم تسليمه المجهول، الأنه يلترم تسليمه على الصفة المنافعة عن معلوم عند المتافقين والترام تسليم المجهول، ا

بيوع: نسليم المبيع _______ ۸۸٥

والتي تنص على ما يلي:

إذا باع مالًا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه فلا يبقى للمشتري خيار عيب »:

سواء عدد عيوبه أم لا، وسواء كان المبيع حيوانًا أو عقازًا أو عروضًا؛ لأن هذا الإبراء إسقاط، والإسقاط لا يحتاج إلى التسليم ولو تضمن التمليك، والجهالة فيه لا توجب النزاع، وهذا مألوف بالبيوع التي تقع بسوق الأروام، وما شابهه من الأسواق التي جرى التمامل بالبيع فيها على هذا الوجه، مثلًا: إذا باع البائع للمستري دابته على براءة ذمته من كل عيب فيها صحّ البيع ولا تجار للمشتري، سواء كان واقفًا على عيوبها أم لا، وتدخل في البراءة من العيوب الحاصلة في المبيع بعد القبض وقبله عند أبي يوسف إلا إذا باعه المبيع مشترطًا براءة ذمته من كل عيب موجود في المبيع عين البيع، فإن هذا التقبيد لا يمنع المشتري من رد المبيع للميب الحاصل فيه بعد ذلك وقبل التسليم، وهذا كله لا يشمل المدرك حيث إن البراءة منه لا تمنع الرجوع على البائع؛ لأن حق الرجوع بالمدرك متوقف على ضبط المبيع بالاستحقاق والحكم على البائع برد الشمن، وهذا لا يدخل تحت الإبراء "أ.

● (مادة ٥١٩): ما بيع بيمًا مطلقًا متقولًا كان أو عقارًا، أو ظهر للمشتري عب قديم فيه فله الخيار، إن شاء قبله يكل الثمن المسمى، وإن شاء رده واسترد الثمن إن كان نقده للبائع. ما بيع مطلقًا إذا بيغ وفيه عبب قديم يكون المشتري مخيرًا إن شاء رده، وإن شاء قبله بثمنه المسمى، وليس له أن يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه العيب، ويكون المشتري مخيرًا على التراخي بعد رؤية العيب. انظر شرح المادة (٣٤١).

(مادة ٥٢٠): إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة، وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشتري مخير إن شاء قبلها بالثمن المسمى، وإن شاء رد جميعها، وليس له أن يرد المعيب وحده ويأخذ السالم^(۱).

إذا كان المبيع أشياء متعددة، وكانت كثيء واحد حكمًا، فلو ظهر بعضها معيبًا فالمشتري بالخيار بين أخذ الكل بثمنه أو رد كله، لا المعيب وحده بحصته من الثمن، وكذا ليس للبائع

⁽١) شرح عجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣٤٢).

 ⁽۲) يستفاد حكمها وما بعدها من رد المحتار من أوسط خيار العيب عند قول المصنف: اشترى عبدين وقبض أحدهما... [لخ ص: ٩٣.

٨٨٦ ----- البيوع: تسليم المبيع

أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط، وأخذ الباقي بحصته من الثمن فلهما ذلك؛ إذ الصفقة لا تتم قبل القبض بدليل انفساخ البيع برده بلا رضًا ولا قضاء؛ ولو قضاء ولم يعضه فقط فوجد فيه أو فيما بقي عيبًا فحكمه حكم الفصل الأول في كل ما مر؛ إذ الصفقة لا تتم بعد، سواء كان المبيع واحدًا أو أشياء، ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبًا قديمًا أو خادثًا بين شراته وقبضه، فإن المبيع واحدًا كذار وكرم وأرض وثوب، أو كيليًّا أو وخريًّا في وعاء واحد، أو صبرة واحدة أو شيئن كشيء واحد حكمًا، يخير بين أخذ كله ورد بده بعضه فقط؛ إذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الأعيان، وإن كان شيئن أو أكثر بلا اتحاد حكمًا، كثباب وعبيد أو كيليًّا أو وزنيًّا في أوعة مختلفة، فللمشتري الرضا أو أكثر بلا اتحاد حكمًا، كثباب وعبيد أو كيليًّا أو وزنيًّا في أوعة مختلفة، فللمشتري الرضا إذ الصفقة تمت، فيصح تفريقها فيرد المعيب بعصته من الثمن غير معيب؛ إذ المبيع المعيب دخل في البيع سليمًا، وفي خيار شرط ورؤية ليس له رد بعضه فقط إن قبض الكل؛ لأنهما وسمان تمام الصفقة، فهي قبل تمامها لا تحتمل التغريق، وإنما قلنا: إنه يمنع تمام الصفقة، بي عدار شا لو قبض الكل، ومتى عجز عن رد البعض لزمه الكل، سواء كان المبيع واحدًا أو أكثر.

والحاصل: أنه لو وجد العيب قبل قبض شيء من المبيع أو بعد قبض البعض فقط، فليس له رد المعيب وحده بلا رضا البائع، وكذا لو بعد قبض الكل إلا إذا كان متعددًا غير متحد حكمًا، كتوبين وطعام في وعاء واحد، فإنه بمثلاف ما لو كان في وعاء واحد، فإنه بمنزلة المبيع الواحد، وهذا ظاهر لو كان الطعام كله باقيًا، فلو ياع بعضه أو أكل بعضه، فقدمنا في هذا الباب أن المفتى به قول محمد أن له أن يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لا باع".

. وتنفق هذه المادة مع الفقرة الأولى من المادة (٩١٥) من القانون المدني الأردني، ونصها: و إذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة، وظهر في بعضها عيب قبل التسليم، فالمشتري بالخيار بين قبولها بالثمن المسمى أو ردها كلها ٤.

وتنفق كذلك مع المادة (٣٥١) من المجلة العدلية والمادة (٩٥) من التقنين الحنفي والمادة (٥٦١) من القانون العراقي.

•••

(١) رد المحتار : ١٤/٤.

♦ (مادة ٢١٥): إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عبب بعد التسليم، فإن لم يكن في تفريقها ضرر فللمشتري أن برد المعبب منها بحصته من الثمن سالما، وليس له أن برد لم يكن في تفريقها ضرر فله أنه يرد المبيع كله، أو يقبله بكل الثمن. ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بغضه معيبًا، فإن كان قبل القبض كان المشتري مخيرًا إن شاء ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بغضه معيبًا، فإن كان قبل القبض كان المشتري مخيرًا إن شاء وإن كان بعد القبض فإذا لم يكن في التغريق ضرر كان له أن يرد المعيب وحده ويمسك الباقي، ما كن بعد القبض فإذا لم يكن في التغريق ضرر كان له أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالمًا، وليس له أن يرد الجميع حينتذ ما لم يرض البائع، وأما إذا كان في تفريقه ضرر در الجميع، أو قبل الجميع بكل الثمن، مثلاً: لو اشترى فلنسوتين بأربعين قرشًا فظهرت الشمن سالمة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن، أما لو اشترى زوجي خف، فظهر أحدهما الشمن سالمة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن، أما لو اشترى زوجي خف، فظهر أحدهما فلو قبض المشتري مقدارًا من المبيع بعد أن اطلع على عيه، ولم يقبض القسم الأخر منه، فالمشتري مخير إن شاء در مجموعه، وإن شاء قبله بجميع الثمن، سواء أكان المبيع الذي فالمشتري مخير إن شاء در مجموعه، وإن شاء قبله بجميع الثمن، سواء أكان المبيع الذي فل ما المقبوض أله كان المبيع الذي المقبوض أل كان القسم الأخر منه، فالمشتري مخير إن شاء در مجموعه، وإن شاء قبله بجميع الثمن، سواء أكان المبيع الذي فلم معينًا كان القسم المقبوض أو كان القسم غير المقبوض أله المقبوض أل كان المسم المقبوض أله كان المسم المقبوض أله كان المتبع الذي كان عد المقبوض أله المقبوض أله كان المتبع الذي المناء فيله بجميع الثمن، سواء أكان المبيع الذي المتبع بعد أن المقبوض أله كان المتبع المقبوض أله كان المتبع بعد أن المقبوض أله كان المتبع بعد أن المتبع بعد أن المتبع بعد أن المتبع بعد أن المتبع غير أن أله أله أله المقبوض أله كان المتبع بعد أن المتبع بعد أن المتبع بعد أن المتبع الذي المتبع الذي المتبع الذي المتبع الذي المتبع الذي المتبع المتبع الذي المتبع ا

وتنفق هذه المادة مع الفقرة الثانية من المادة (٩١٩) من القانون المدني الأردني، ونصها: و وإذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة، وظهر في بعضها بعد التسليم عبب قديم وليس في تفريقها ضرر، فللمشتري رد المعبب بحصته من الثمن، وليس له أن يرد الجميع بدون رضا البائم، فإن كان في تفريقها ضرر فله أن يرد جميع المبيم أو يقبله بكل الثمن ؟.

...

● (مادة ۹۲۲): إذا كان المبيع كمية معينة من المكيلات والموزونات ووجد في بعضها عياً بعد التسليم، فإن كانت في أوعية مختلفة، فللمشتري أن يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده، وإن كانت في وعاء واحد أو لم تكن في وعاء فله رد الكل أو أخذه بعيبه بكل الثمن، وليس له رد المعيب وحده بعضته من الشمن."

إن كان المشترى شيئًا واحدًا فوجد ببعضه عيبًا قبل القبض أو بعده، فليس له أن يرد

⁽١) شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر: ١/ ٣٦٠، ٣٦١ المادة (٣٥١).

⁽٢) هذا النصيل أحد قولين، وهو الأرفق والأقيس، وقيل: الحكم كها ذكر في الوجه الثاني مطلقًا بلا فرق بين وعاء ووعامين، وهو الأظهر والأسم كما في رد للمحتار من ص: ١٣ في أوسط خيار العيب.

المعيب خاصة، وإن كان المعقود عليه مما يكال أو يوزن من ضرب واحد، فوجد ببعضه عيبًا ليس له أن يرد المعيب خاصة، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، حكى الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي: أنه إن كان على قياس قول محمد يجب أن يرد بعض المكيل والموزون بالعيب، وإن كان مجتمعًا، إذا كان التمييز لا يزيد بالمعيب عيبًا، وكذلك إذا وجد البعض صغارًا فأراد أن يغربل ويرد الصغار من الحب الذي هو من تحت الغربال، ويمسك الباقي ليس له ذلك، وكذلك إذا اشترى الجوز أو البيض فوجد البعض صغارًا، فأراد أن يرد

وحكي عن الفقيه أي جعفر الهندواني أنه قال: ما ذكر من الجواب في المكيل والموزون محمول على ما إذا كان الكل في وعاء واحد، وأما إذا كان في أوعية مختلفة، فوجد في وعاء واحد معينا فإنه يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين والصنفين، كالحنطة والشعير وكان يفتي به ويزعم أنه رواية عن أصحابنا، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده، ومن المشايخ من قال: لا فرق بين ما إذا كان الكل في وعاء واحد أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاق محمد في الأصل يدل عليه، وبه كان يفتى شمس الأئمة السرخسي كذا في المحيط ا"نا.

 (عادة ٩٣٣): إذا وجد في الحنطة أو الشعير أو غيرهما من الغلال ترابًا، فإن كان التراب قليلًا بحيث لا يعد عبيًا في العرف، فليس للمشتري رد المبيع، وإن كان فاحشًا ويعده الناس عبيًا يخير المشتري بين أخذ المبيع بالثمن المسمى أو رد واسترداد الثمن إن كان مقه ضًا.

اشترى أقفزة حنطة أو سمسم فوجد فيه ترابا، إن كان يوجد مثله في ذلك عادة لا يرد، وإلا فإن أمكنه رد كل المبيع يرده، ولو أراد حبس الحنطة ورد التراب أو المعيب مميزًا ليس له ذلك، فإن ميز التراب وأراد أن يخلطه ويرد إن أمكنه الرد على ذلك الكيل رده، وإلا بأن نقص من ذلك الكيل شيء لا، ورجع بنقصان الحنطة، إلا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة، وفي الخانية: لو لم يعد ذلك التراب عياً فلا رد، وإلا فإن لم يفحش يرد، وإن فحش خير المشترى بين أخذ الحنطة بحصتها من الثمن، أو ردها وأخذ كل الثمن".

إذا وجد المشتري في الحنطة أو الشعير وأمثالهما من الحبوب المشتراة ترابًا، فإن كان

⁽١) الفتاوي الهندية : ٣/ ٨٣.

⁽٢) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ٢٧.

● (مادة ۲۴): إذا ظهر بالمبيع عبب قديم ثم حدث به عبب جديد عند المشترى، فليس له أن يرده بالعبب القديم والعبب الجديد موجود فيه، بل له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عبيه ولم يوجد ماتم للرد.

لو حدث في المبيع عبب عند المشتري ثم ظهر فيه عبب قديم، فليس للمشتري أن يرده بالعبب القديم، بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط، مثلا: لو اشترى ثوب قماش ثم بعد أن قطعه وفصله برودًا اطلع على عبب قديم فيه، فيما أن قطعه وتفصيله عيب حادث ليس له رده على البائع بالعبب القديم، بل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط، سواء حدث العيب بآفة سماوية أو بغيرها، وكذلك إذا تلف المبيع في يد المشتري فليس للمشتري رد المبيع، إلا أنه في غير بيع التولية له الادعاء بنقصان الثمن، ما لم يرض البائع بقبول المبيع معببًا ولم يكن هناك ما يمنع الرد، ففي هذه الحالة بأخذه البائع معيبًا ولا يدفع نقصان الثمن.

كذلك إذا ذهب المشتري بالمبيع ليرده على البائع بالعيب القديم الذي ظهر فيه، فتلف منه في الطريق تعود الخسارة عليه، له الرجوع على البائع بنقصان العيب، أما إذا كان العيب الحادث في المبيع حاصلاً بفعل البائع أو بفعل أجنبي، فله مع رجوعه على البائع بنقصان الثمن أن يضمن البائع أو الأجنبي نقصان القيمة الحادث بذلك العيب، كذلك إذا بلَّ المشتري خيط الحرير، أو السختيان بالماء، أو وضع الحديد على النار، أو لبس الثوب فبلي، أو انهدم الحائط الماثل، أو سن السكين بمبرد ثم ظهر بعد ذلك عيه القديم، فليس له الرد بالعيب، وإنما له الرجوع بنقصان الثمن، أما إذا سنَّ السكين بحجر ثم ظهر العيب، فله رده.

كذلك لو اشترى شجرة؛ ليتخذ منها خشبًا فظهرت مجوفة، أو أنها لا تصلح إلا للحطب، فله الرجوع على الباتع بنقصان الثمن، إلا إذا رضي بها الباتع مقطوعة، وفي هذه الحال يجب استرداد كل الثمن وقبولها على حالها.

كذلك لو اشترى حنطة للزرع فزرعها فلم تنبت، فإذا كان ذلك ناشئًا عن عيب فيها وثبت ذلك بالبينة، أو بالإقرار، أو بالنكول عن اليمين فله الرجوع على البائع بالنقصان وإلا فلا؟ إذ من المحتمل أن يكون عدم نباتها ناشئًا عن سبب آخر كرداءة الحرث، أو جفاف الأرض.

⁽١) انظر مجلة الأحكام العدلية : ١/ ٣٦٥.

وإذا رد المشتري المبيع على الباتع بعيه القديم بالقضاء، أو بالرضاء، أو بالإقالة بعد حدوث عيب فيه، فاطلع الباتع على ذلك العيب فله أن يرده على المشتري، ويدفع إليه نقصان الشمن، كما أن له أن يقبله بعيه ولا يطالبه بنقصان الثمن، وإذا أعاد المبيع إلى الباتع ثانية على هذا الوجه، فحدث فيه عيب آخر وهو في يده، فلا يرده على المشتري بالعيب الذي كان فيه وهو في يد المشتري، بل له أن يأخذ نقصان الثمن الحاصل بالعيب وهو في يد المشترى ما لم يقبله بالعيب الأخير (1).

وتتفق هذه المادة مع ما جامت به المادة (٥١٧) من القانون المدني الأردني، ونصها: ١ - ﴿ إذا حدث في المبيع لدى المشتري عيب جديد، فليس له أن يرده بالعيب القديم، وإنما له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه علي عيبه الجديد.

٢ - إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد البيع على البائع بالعيب القديم ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن مرجعها هو الفقه الحنفي كما يظهر من مراجعة الدر المختار؟؟ والمواد (٣٤٥ - ٣٤٨) من المجلة العدلية وشرحها لعلي حيدر، وهي تقابل المادة (٢٦٧) من القانون العراقي.

...

♦ (مادة ٢٥): إذا (ال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع. إذا زال العيب الحادث صار العيب القديم مو جبًا للرد على البائع، مثلاً: لو اشترى حيوانًا فمرض عند المشتري ثم اطلع على عيب القديم على البائع، على المشتري رده بالعيب القديم على البائع، بل يرجع عليه بنقصان الثمن، لكن إذا زال ذلك المرض كان للمشتري أن يرد الحيوان للبائع، بالميب القديم هو في المبيع وهو في يد المشتري، وإذا زال العيب الحادث: هو الذي يحدث في المبيع وهو في يد المشتري، وإذا زال العيب الحادث، فالعيب القديم يوجب رد المبيع بخيار العيب، سواء أخذ المشتري نقصان الثمن من البائع قبل زوال ذلك العيب أو بعده، وعلى المشتري أن يرد المبيع، فعليه إعادة نقصان الثمن أن كان أخذه منه، فإذا كان نقصان الثمن مرجودًا رده بعينه وإذا كان مستميكًا رد بدله وإذا لم يرض المشتري أن يرد المبيع، فعليه إعادة نقصان الثمن (٣٠٠).

وتتفق الفقرة الثانية من المادة (١٧ ٥) مدنى أردني مع هذه المادة طبقًا لما سبق ذكره.

⁽١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٤٥): ١/٣٥٣.

● (مادة ٥٢٦): يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة الموثوق بهم، بأن يقوم المبيع سالمًا ثم يقوم معيًا، وما كان بين القيمتين من الثفاوت ينسب إلى الثمن المسمى، وبمقتضى تلك النسبة يرجم المشترى على الباتع بالنقصان.

نقصان الثمن يصير معلومًا بإخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض، وذلك بأن يقوم المبيع سالمًا ثم يقوم معيبًا، فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على الباك بالنقصان، مثلًا: لو اشترى ثوب قماش بستين وبعد أن قطعه وفصله اطلع المشتري على عيب قديم فيه، فقوم أهل الخبرة ذلك الثوب سالمًا بستين أيضًا، ومعيبًا بالعيب القديم بخمسة وأربعين، كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة فيرجع بها المشتري على البائع، ولو أخبر أهل الخبرة أن قيمة ذلك الثوب سالمًا ثمانون ومعيبًا ستون، فيما أن التفاوت الذي بين القيمتين عشرون، وهي ربع الثمان المسمى، ولو أخبر أهل الخبرة أن قيمة ذلك الثوب القدامين عثرة وهي خمس الخمسون قرضًا فيما أن التفاوت الذي بين القيمتين عشرة وهي خمس الخمسون قرضًا ومعيبًا أربعون قرضًا فيما أن التفاوت الذي بين بلقمتان خمس الثمن المسمى وهو اثنا عشر، بلغظ الشهادة، وأن يكون إخبارهم بلغظ الشهادة، ويجري التقويم لقيمة المبيع يوم البيع، وفي ذلك أربع احتمالات:

- ١ أن تكون قيمة المبيع سالمًا مساوية للثمن المسمى، وقيمته معيبًا أنقص منه.
- ٢ أن تكون قيمة المبيع سالمًا زائدة على الثمن المسمى وقيمته معيبًا مساوية له.
 - ٣ أن تكون قيمة المبيع سالمًا ومعيبًا أنقص من الثمن المسمى.
 - ٤ أن تكون قيمة المبيع سالمًا ومعيبًا أزيد من الثمن المسمى(١).

● (عادة ۲۷۰): إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد كصبغ الثوب العبيع والبناء والغرس في الأرض المبيعة، ثم اطلع المشتري على عيب قديم في العبيع فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب، ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث.

الزيادة: وهي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته إلى المبيع يكون مانعًا من الرد، مثلًا: ضم الخيط والصبغ إلى الثوب بالخياطة والصباغة، وغرس الشجر في الأرض من جانب

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣٥٣، ٢٥٤ للادة (٣٤٦)

٨٩٢ ----- اليوع: تعليم اليع

المشتري مانع للرد، والقاعدة: أن كل موضع لا يمكن للمشتري أن يرد فيه المبيع القائم في ملكه على البائع برضائه، أو بغير رضائه إذا أزاله عن ملكه فله الرجوع على البائع بنقصان الثمن، وعليه فالزيادة المتصلة غير المتولدة تمنم الرد. الزيادة على أربعة أنواع:

- ١ الزيادة المتصلة المتولدة، وهي لا تمنع الرد.
- ٢ الزيادة المتصلة غير المتولدة، وهي تمنع الرد.
- ٣ الزيادة المنفصلة المتولدة، وهي تمنع الرد إذا كانت بعد القبض، وإلا فلا.
 - ٤ الزيادة المنفصلة غير المتولدة، وهي لا تمنع الرد(١٠).

وتتفق هذه المادة مع العادة (۶۵۹، ۳۵۰) من المجلة العدلية والمادة (۸٦) من التقنين الحنفي مع مذكرتها الإيضاحية، والمادة (۵۹۳) مدني عراقي، والمادة (۵۱۸) مدني أردني، ونصها:

١ - ١ إذا حدث في العبيع زيادة مانعة من الرد ثم ظهر للمشتري عيب قديم فيه فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب، وليس للبائع الحق في استرداد العبيع.

٢ - والزيادة المانعة هي كل شيء من مال المشتري يتصل بالمبيع ٩.

تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

 إذا تصرف المشتري في المبيع ثم علم بعيب فيه رجع بنقصائه، إلا إذا كان التصرف بالبيع فإنه يرد ما بقي و لا يرجع بالنقصان ١٠٠٠.

وتتفق كذلك مع المادة (٣٤٤) من المجلة العدلية، والمادة (٥٦٦) مدني عراقي، والمادة (٥١٥) مدني أردني، ونصها:

⁽١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٥٥٩ المادة (٣٤٩).

⁽٢) حكمها وما بعدها ذكره في رد المحتار في أوسط خيار العيب ص: ٨١.

⁽٣) بدائم الصنائم في ترتيب الشرائع: ٥/ ٢٩١.

⁽٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أي حنيفة النعمان المادة (٨٧)، الطبعة التمهيدية، بجمع البحوث الإسلامية.

 وإذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم سقط خياره».

♦ (مادة ٥٢٩): إذا أجر المشتري المبيع ثم وجد به عيبًا فله نقض الإجارة ورده بعيبه، ولو رهنه ثم وجد به عيبًا ليس له نقض إلر هن وإنما برده بعد فكه.

الإجارة وإن كانت من العقود اللازمة فإنها تنتقض بالعذر، والحاجة إلى دفع الضرر، ولذا فإنها تنقض للرد بسبب فساد البيع، والرد بسبب العيب في المبيع، وتنتقض أيضًا لحق الغرماء في المطالبة ببيع الرقبة بعد حل المال، فأما الرهن فهو لازم من جهة الراهن، ولا يثبت للغرماء بعد حل الأجل تقض الرهن (١٠).

ولذا فإن المشتري إذا أجر المبيع ثم وجد به عينا كان له أن ينقض الإجارة ويرد المأجور بالعيب إلى باتمه، أما إذا كان رهنه فلا سبيل إلى فك الرهن ونقضه إلا برضا المرتهن أو بأداء الدين إليه، والفرق أن الإجارة تفسخ بالعذر، ودفع الضرر، بخلاف الرهن الذي قصد به استيناق الدين وضمانه.

•••

(مادة ٣٠٠): إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على الباتع
 نقصان العب.

إذا هلك العبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع، أي إذا تلف كل العبيغ أو بعضه في يد المشتري أو وكيله، بغمل نفسه أو تعدي المشتري أو غيره، فإن كان قبل المستري المعبل أصبح مجبرًا على أدائه، وكذلك إذا اشترى شخص من آخر مالاً ذارسل رسولاً لقبضه من البائع فقبضه الرسول وتلف في يده فالخسارة على المشتري؛ لأن الرسول قبض بأمره، وكذلك إذا قال شخص لآخر: زن لي من هذا السمن عشرة أرطال وسلمها إلى أجيرك أو أجيري، فبعد أن سلم البائع ذلك إلى الأجير تلف في يده فالتلف على المشتري؛ لأن أجير البائع أو أجير المشتري كان وكيلاً له في قبض المبيم، أما إذا قال المشتري بلائات زن لي من هذا السمن عشرة أرطال، وأرسله إلى داري مع أجيرك أو مع أجيرك أوم أجيري، فوزن البائع السمن ودفعه إلى أجيره أو أجير المشتري فكسر إناء السمن عادت الخسارة فيه على البائع؛ لعدم وجود القبض.

⁽١) المبسوط: ٢٥/ ١٣٨، ١٣٩.

البيوع: تسليم المبيع

والحاصل: أنه إذا تلف بعض المبيع بعد القبض أيضًا تعود خسارته على المشترى، كما تعود خسارته عليه بعد قبض جميعه، إلا أنه إذا كان التلف بفعل البائع بعد القبض ينظر فإن كان للبائع حق استرداد المبيع ينفسخ البيع في المقدار الذي استهلكه، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن، مثال ذلك: إذا قيض المشتري المبيع الذي اشتراه بثمن معجل قبل أداء الثمن بدون إذن البائع فأتلفه البائع في يد المشتري، فالبائع بهذا الإتلاف يكون فد استرد المبيع فينفسخ البيع ويسقط الثمن، أما إذا لم يكن للبائع حق الاسترداد فيكون استهلاكه في حكم استهلاك الأجنبي فيضمن قيمة ما استهلكه أو مثله، ولا يطرأ على البيع خلل في ذلك(١).

> تتفق هذه المادة مع المادة (٤١٨) من مشروع القانون المدني(٢)، ونصها: ا تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان ١٤٦٠.

● (هادة ٥٣١): إن ظهر أن المبيع المعيب لا ينتفع به أصلًا يبطل البيع، ويكون للمشترى حق استرداد الثمن من البائع إن كان نقده إليه(٤).

اختلف الفقهاء في حق المشتري في إمساك المبيع معيبًا، والرجوع على البائع بأرش العيب في المعيب، فالحنفية والشافعية لا يعطونه هذا الحق، وإنما له أن يرد السلعة ويسترد الثمن، أو يمسك المعيب ولا رجوع له بنقصان؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد؛ ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى، فيتضرر به، ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره، أما الحنابلة فإنه يكون للمشتري عندهم الخيار بين الرد والرجوع بالثمن، وبين الإمساك والرجوع بأرش العيب، ويفصل المالكية بين العيب

(٢) انظر المادة (٤١٨) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٤٢، ١٤٢.

⁽١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٧٥ المادة (٢٩٤).

⁽٣) هذه المادة تطابق المادة (٤٥١) من مشروع القانون المدني المصري.

والمادة (٤٩٣) من التقنين الكويتي.

والمادة (٥٦٤) من التفنين العراقي التي تنص على أنه: ﴿ إِذَا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على البائع بنقصان الثمن ٤.

والمادة (٥١٦) من التقنين الأردني التي تنص على أنه: ﴿ إذا هلك المبيع بعيب قديم في يد المشتري، أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن ٤.

⁽٤) شرح عجلة الأحكام ١/ ٣٣٧: ١ إذا كان لا ينتفع بالمبيع في شيء فالبيع باطل ٩.

ايوع: نسليم الميم

السير غير المؤثر، فلا شيء فيه ولا رد به، وبين العيب المؤثر الذي له قيمة فيرجع بأرشه، وبين العيب الفاحش فيجب هنا الرد، حتى إذا أمسكه ليس له الرجوع بالتقصان^(١).

⁽١) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٣/ ٢٨٤.



♦ (عادة ٥٣٢): لا رد بغين فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال٬٬٬ فإن ثبت التغرير وتحقق أن في البيع غينًا قاحشًا فللمغبون فسخه.

والغبن الفاحش في العقار وغيره: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (٢٠).

الغبن في اللغة: الغلب والخدع والنقص، قال الكفوى: الغبن بالموحدة الساكنة يستعمل في الأموال، وبالمتحركة في الآراء، وقال ابن السكيت: وأكثر ما يستعمل في الشراء والبيع بالفتح، وفي الرأى بالإسكان.

وفي الاصطلاح قال الحطاب: الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغانون بمثله إذا اشتراها كذلك.

والغبن محرم لما فيه من التغرير للمشتري والغش المنهي عنه، ويحرم تعاطي أسبابه؛ 'لقوله ﷺ: « من غشنا فلبس منا ؟"، قال ابن العربي: إن الغبن في الدنيا ممنوع بإجماع في حكم الدنيا؛ إذ هو من باب الخداع المحرم شرعًا في كل ملة.

لكن اليسير منه لا يمكن الاحتراز منه لأحد في اليوع؛ إذ لو حكمنا برده ما نفذ بيع أبدًا؛ لأنه لا يخلو منه، حتى إذا كان كثيرًا أمكن الاحتراز منه ووجب الرد به، والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم.

أنواع الغبن: ذهب الفقهاء إلى أن الغبن نوعان: غبن يسير، وغبن فاحش.

وللفقهاء في تحديد كل من الغبن الفاحش واليسير أقوال:

فذهب الحنفية إلى أن اليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأن القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد، فيعذر فيما يشتبه؛ لأنه يسير لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه، ولإمكان الاحتراز عنه؛ لأنه لا يقع في مثله عادة إلا عمدًا.

⁽۱) هذه المادة تنفق مع المادتين (۱۱۱ ، ۱۲۷) من مشروع قانون المعاملات للدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية. (۲) هذا التفسير هو الصحيح كها في حاشية الرمل على جامع الفصولين من آخر الفصل السابع والعشرين.. اهـ.

⁽٢) صحيح مسلم: ١٩٩/ برقم ١٠١.

وقيل: حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة، وفي الحيوان عشر القيمة، وفي الحيوان عشر القيمة، وفي المعارسة في المقار خمس القيمة، وفي الدراهم ربع عشر القيمة؛ لأن الغبن يحصل بقلة الممارسة في التصرف، والصحيح الأول، هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين، وأما إذا كان معروفاً كالخبز واللحم والموز لا يعفى فيه الغبن، وإن قل وإن كان فلسًا.

وذهب المالكية إلى أن الغين عبارة عن يبح السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، وهي الزيادة على الثلث، وأما ما جرت به العادة فلا يوجب الرد باتفاق.

وقال الشافعية: الغبن اليسير هو ما يحتمل غالبًا فيغتفر فيه، والغبن الفاحش هو ما لا يحتمل غالبًا، والمرجع في ذلك عرف بلد البيع والعادة، وقال الحنابلة: يرجع في الغبن إلى العرف والعادة، وهو الصحيح من المذهب، وهو قول جماهير الأصحاب، وقبل: يقدر الغبن بالثلث، وهو اختيار أبي بكر، وجزم به في الإرشاد.

ونقل المرداوي عن المستوعب: المنصوص أن الغين المثبت للفسخ ما لا يتغابن الناس بمثله، وحده أصحابنا بقدر ثلث قيمة المبيع.

وقد اتضح أنه إذا كان الغين المصاحب للعقد يسيرًا فلا يوثر في صحته عند جمهور الفقهاء، قال ابن هبيرة: اتفقوا على أن الغين في البيع بما لا يفحش لا يؤثر في صحته. إلا أن الفقهاء استثنوا بعض المسائل و واعير وا الغير، يؤثر فيها حتى لو كان يسيرًا.

أما الغبن الفاحش فقد اختلف الفقهاء في أثره على العقود حسب الاتجاهات الآتية:

الاتجاه الأول: ذهب الحنفية في ظاهر الرواية، والشافعية والمالكية على المشهور إلى أن مجرد الغين الفاحش لا يثبت الخيار، ولا يوجب الرد.

قال الحصكفي: لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية، وبه أفتى بعضهم مطلقًا.

وقال الدردير: ولا يرد المبيع بغبن بأن يكثر الثمن أو يقل جدًا، ولو خالف العادة بأن خرج عن معتاد العقلاء.

وجاء في روضة الطالبين: مجرد الغين لا يثبت الخيار وإن تفاحش، ولو اشترى زجاجة بثمن كبير يتوهمها جوهرة فلا خيار له، ولا نظر إلى ما يلحقه من الغين؛ لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة، وقد استثنى الحنفية والمالكية بعض العقود والتصرفات، وقالوا بأثر الغين الفاحش فيها وإن لم يصاحبه تغرير، ومن هذه العقود:

أ- تصرف الأب والجد والوصى والمتولى والمضارب والوكيل بشراء شيء بعينه، يعفى

فيه يسير الغين دون فاحشه كما قال ابن نجيم، وقال المواق نقلًا عن أبي عمر المالكي: اتفقوا على أن الناثب عن غيره في بيع وشراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى ما لا يتغابن الناس بمثلة أنه مر دود.

ب - بيع المستسلم المستنصح، قال الدردير: ولا رد بغبن ولو خالف العادة، إلا أن يستسلم أحد المتبايعين صاحبه بأن يخيره بجهله، كأن يقول المشتري: أنا لا أعلم قيمة هذه السلمة، فبعني كما تبيع الناس فقال الباع: هي في العرف بعشرة فإذا هي بأقل، أو يقول البائع: أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس فقال: هي في عرفهم بعشرة، فإذا هي باكثر، فللمغبون الرد على المعتمد.

الاتجاه الثاني: ذهب بعض الحنفية وبعض المالكية منهم ابن القصار والحنابلة إلى أن للمغبون حق الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه، وإن لم يصاحب الغبن تغرير، قال ابن عابلدين نقلًا عن الحموي: فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بالغبن الفاحش ولكن بعض مشايخنا أنتى بالرد مطلقًا.

وقال المواق نقلًا عن المتيطي: تنازع البغداديون في هذا، وقال بعضهم: إن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع، وكذلك إن باع بنقصان الناس من قيمته، على ما قاله القاضي أبو محمد وغيره، وحكى ابن القصار أن مذهب مالك: للمغبون الرد إذا كان فاحشًا، وهذا إذا كان المغبون جاهلًا بالقيم، والحنابلة يقولون بإعطاء العاقد المغبون حق الخيار في ثلاث صور:

إحداها: تلقي الركبان؛ لقوله ﷺ: ولا تلقوا الجَلَّب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخياره(١٠).

والثانية: بيع الناجش ولو بلا مواطأة من البائع، ومنه: أعطيت كذا وهو كاذب.

والثالثة: المسترسل إذا اطمأن واستأنس وغبن، ثبت له الخيار ولا أرش مع إمساك.

الاتجاه الثالث: إعطاء المغبون حق الخيار إذا صاحب الغبن تغرير، بهذا يقول بعض الحنفية وصححه الزيلعي، وأفتى به صدر الإسلام وغيره.

وتنفق هذه المادة مع المادتين (۱۲۷، ۱۲۷) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (^{۱۷)}.

⁽١) صحيح مسلم: ٣/١١٥٧ برقم ١٥١٩.

⁽٢) انظر المادة (١١١، ١٢٧) من المذَّكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة=

فالمادة (١١١) تنص على أنه:

 ١ - « يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس، سواء أكان قوليًّا أم فعليًّا، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لو لاها لما أبرم الطرف الآخر المقد.

 ٢ - ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلّس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ١٠٠٠.

الرصار عيد على ٢٠٠٠. . (١) هذه المادة تقابل المادة (١٢٥) من مشروع القانون المدنى المصرى التي تنص على ما يأتي:

١ - و يجوز إيطال المقد للتدليس إذا كانت الحيل التي جأ إليها أحد المتعاقدين، أو ناتب عنهُ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثان المقد.

 - ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ».

وهذه المادة يقابلها في التقنين العراقي المادتان (١٣١ و ١٣٣)، فالمادة (١٣١) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

 ١ - وازا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غبًّا فاحشًا كان العقد موقوفًا على إجازة العاقد المفهون، فإذا مات من غرر بغين فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه.

٢ - ويعتبر تغريرًا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالحيانة في المرابحة والتولية
 والإشراك الوضيعة ٤.

والمادة (۱۲۳) من هذا القنين تنص على ما يأني: (برجع العاقد الغرور بالتمويض إذا لم يصبه إلا غين يسبر، أو أصابه غين قاحش ركان التغرير لا يعلم به العاقد الأخر و لم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغيز أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري، ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال 9. ويظيل المباور (۱۲۹ ، ۱۲۵ ، ۱۵ ، ۱۵) في للمن الأور

فالمادة (١٤٣) تنص على أن: (التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الأخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بها لم يكن لبرضي به بغيرها ٤.

والمادة (١٤٤) من هذا التقنين تنص على أنه: 9 يعتبر السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة تغريرًا إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم المقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة 9.

والمادة (180) من هذا التقنين تنص على أنه: • إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغين فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد ».

و المادة (١٥٠) من هذا التغنين تنص على أنه: ويسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغين الفاحش، ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ، وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفًا يتضمن الإجازة، وبهلاكه عند، واستهلاكه وتعييه وزيادته ٤.

ويستعمل الفقه الإسلامي في هذا الصدد لفظ ۱ التغرير ٤، ويستعمل في بعض المواطن لفظ ٥ التدليس ٩، ولكنه لا يعتد بالتدليس [لا إذا اقترن به غين، وفي هذا المعنى جاءت اللدة (١/٣٦) عراقي و اللدة (١٤٥) أردي السالف ذكر هما، ويجيط الفقه الإسلامي إحاطة تامة بجميع النواحي التي يثيرها موضوع التدليس، فهو يتناول التغرير باستعمال طرق احتيالية، ومن أمثلة ذلك: تصرية الإبل واليقر والغنم ليتنفخ ضرعها فيتوهم المشتري أنها كثيرة اللين، وحبس ماه الفقاة

⁼ الإسلامية ص : ٢٨، ٣٧.

أما المادة (۱۲۷) فتنص على أنه: « يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من ناقص الأملية في ماله، وكان تصرفًا دائرًا بين النفع والضرر، أو إذا شاب الإرادة فيه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه، أو إذا ورد

دوماه الرحمى المرسل كل منهما عند البيع أو الإجارة كي يتوهم المشتري والمستأجر كثرته. انظر ابن عابدين : ١٤٤/٤. نهاية المحتاج الى شرح المتهاج للوملي : ٢٤ ٧٧ ، ١٧٥ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٢٦/٢، د ١٠

ويتاول الفقة الإسلامي كذلك التغرير عن طريق الكذب، حتى من ذلك يعتبر عبرد الكذب خديمة وتغريرًا في عقود الأمانة التأخير عبد المحافظة وتغريرًا في عقود الأمانة التأخير عبد المحافظة والمحافظة والمحافظة على أمان إذا قد معلوم من الربع إلى العن الأصل معي البيع مؤلية أماني الذي استرى المحافظة على أن يزاد قد معلوم من الربع إلى العنن الأصل كان البيع موابعة، وإذا يعت غيفها الأصل معي البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلمة، وسعي البيام تراكز أن المحافظة على بيان العن الأصل الأصل كان المحافظة المحافظة وسعي البيام تراكز أن المحافظة في منذ المقود إذا كذاب البيام والمحافظة في بيان العن الأصل كان الأصل كان الأصل كان المحافظة الأكذب عبد المحافظة المحافظة المحافظة المحافظة المحافظة في المحافظة المحافظة في بيان يعطيه للمركز أن يكتم أمرانا كان تأثير في الصافحة المحافظة الإسلامي: ٣٠ ١٦١٨ - ١٧١٤ ومن مقاط المعافظة الإسلامي: ٣٠ ١٦١٨ - ١٧١٤ في المحافظة المحافظة الإسلامي: ٣٠ ١٦١٨ - ١٧١٤ في المتافظة المحافظة المحافظة وتفليلة بيان المحافظة المحافظة

كذلك يتناول الفقه الإسلامي التغرير عن طُريق الكتيان، من ذلك أنه في بياهات الأمانة لا يجوز للبائع مرابحة أن يقتصر على ذكر الثمن الأصلي ويكتم بيانًا من شأنه أن يؤثر في قبمة المبيع، كيا لو اشترى نسيئة وبيع تقدًا؛ حيث يعتبر هذا الكتيان خيانة وتدليشًا، ومن هذا القبيل أيضًا أن يعمد البائع إلى إخفاء عيب في المبيع بأن يكتمه عن المشتري.

ويتناول الفقه الإسلامي أيضًا التغرير الصادر من القير، ما دام هذا الغير متواطئًا مع العاقد الذي يفيد من التدليس، من ذلك الناجش، وهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يسعها بالمزاد ليفالي في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها، ومن ذلك أيضًا التدليس الصادر من الدلال.

ويضع من هذا الرص أن الفقه الإسلامي في إحاطت بالنواحي المختلفة التي يشرها موضوع التدليس قد وصل إلى مدّى بدائي ما وصل إليه قد القاتون الحديث، غير أن هناك اختلاكاً بين الفقيون في خصوص معهار التدليس، و الدافع إلى القاتون الحديث يقف عند معيار أرحد للتدليس، هو العبار الذائي الذي متضاه أن يكون التدليس غين، وصحيح أن الفين التعاقد، بينا يقرن الفقه الإسلامي بهذا المبار الذائي معيارًا موضوعًا، هو أن يقرن بالتدليس غين، وصحيح أن الفين قد يتحقق في فريق من حالات التدليس، ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غين فيدفع العاقد إلى تعاقد لا مصلحة قد يتحقق في فريق من حالات التدليس، ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غين فيدفع الماقد إلى تعاقد لا مصلحة في فريق أن المقالة بالتروهي فضلاً عن طب إيطال العقد، ومن غم فالاتصار على المجار الذاتي في هذا الحصوص عن شأنه أن يوفر حماية أكبر للمتعاقد المدلس عليه، ويغا رؤي الرقوف في التصوص القترحة عند الميار الذاتي وحده،

والمادة المفترحة تطابق في حكمها المواد (١٥٦، ١٥٢، ١٥٣)) من التفنين الكويتي، وذلك فيها عدا أن هذا التفنين يأخذ بفكرة العقد القابل للإيطال.

في القانون نص خاص على ذلك »(١).

ي العانون نفس عانس على دنك . . .

(١) يقابل هذا النص ماجاء في صدر الفقرة الأولى من المادة (١٣٤) من التقنين العراقي التي تقول: ﴿ إِذَا انعقد العقد موقوفًا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن يتقض العقد... كيا أن له أن يجيزه... ٤.

وما جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٣٥) من هذا التقنين التي تقول: • من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوقًا على إجازة المالك ٥.

وتقابله المادة (١٧١) من التقنين الكوبتي التي تقول: 9 العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو من مالك في ملك له تعلق به حتى الغير، أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفًا دائرًا بين النفع والضرر، أو من مكره، أو إذا نصر القانون على ذلك 9.

وتقابله لمادة (۱۷۹) من التقنين الكويتي التي تقول: « العقد القابل للإبطال ينتج آثاره، ما لم يقض بإبطاله، وإذا قضي بإبطاله اعتبر كأن لم يكن ».

وقد أخذ في النص المقترح بالأحكام الآتية:

أولًا: أنه اعتمد فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي، بدلًا من فكرة العقد المقابل للإبطال التي يأخذ بها المدن المصري في التقنيز الحالي وغيره من التقنينات العربية، فيها عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني.

وغِنَف العقد الموقوف عن العقد القابل للإيطال في أن هذا الأخير يشأ صحيحًا متجًا لآثاره، لل أن يطلب إيطاله فيطل، أو تلحقه الإجازة فيظل صحيحًا بصورة نهائية، بينما يشأ العقد الموقوف صحيحًا ولكته لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوقة إلى أن يقض العقد فيطل، أو تلحقه الإجازة فينفذ.

ومن ثم فإن فكرة العقد المرقوف تفضل فكرة العقد القابل للإيطال في العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على المحل، وبحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب إيطاله؛ وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عند أيطال العقد بعد نفاذه.

فائبًا: أنه وحد الحكم في الحالات التي يشوب العقد فيها نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة، أو انعدام الولاية على عل، أي النصر ف في ملك الغير بدون إذنه.

ويلاحظ أنه في الفقه الإسلامي يكون العقد موقوف النقاذ إذا كان مثاك نقص في الأهلية، أو كان هناك إكراء، أو إذا تمثل عن الذير بالمسلم، وهذا السبب الأخير يندرج تحت حالات أهمها تصرف الفضولي، وهو من يتصرف في ملك غير بدون إذنه، وتصرف مالك المين المرهزة أو للؤجرة، والسيع الصادر من المريض في مرض الموت لوارثه. انظر يما الخصوص: خدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقته (إلسلامين : 4) ١٣٦٢ وما يعدها.

ولكن حكم النص الفترح يجمل هذا السبب الأخير قاصرًا على التصرف في ملك الغير بدون إذنه، غير أنه من تاحية أخرى يترمع في نظاق العقد المؤوف فيجمله خاصلاً لعيوب الإرادة جهماه ويذلك أصبحت الأسباب التي يُعمل العقد موقوف النفاذ في النص الفترح هي نقص الأهلية وعيوب الإرادة والتصرف في ملك الغير بدون إذنه، وهذا هو النهج (الاب) التي تقدم خركم ما يقرر الفقه الإسلامي.

ومعروف أن الفقه الإسلامي بجمل العقد موقونًا في حالة إلاكراء، يبنا يعطي العاقد خيار الفسخ في حالتي الغلط. وهذا ما أخذ به التقنين الأردني، ولكن رؤي أن من الأفضل توجيه الحكم بالنسبة إلى عيوب الإرادة جميها على غرار ما قعار التفنين العراقير.

ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذي يثبت فيه خيار الفسخ، فالعقد الموقوف ينشأ صحيحًا، ولكنه يكون غير نافذ، أما العقد الذي يثبت فيه للعاقد خيار الفسخ فينشأ صحيحًا نافلًا، ولكنه يكون غير لازم، فيكون للعاقد الخيار بين إعضاء العقد وفسخه. ٩٠٢ ------ اليوع: تسليم الميع

 (مادة ٣٣٠): لا يفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تغرير، إلا في مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال(١٠).

الغين الفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، كما لو وقع البيع بعشرة، وقومه البعض بخمسة والبعض بستة وبعض المقومين بسبعة فهذا غين فاحش؛ لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد، أما لو قوّمه أحدهم بثمانية وغيره بعشرة فهو يدخل تحت تقويم المقومين، و لا يستغل الغبن الفاحش سببًا لفسخ المقد إلا إذا صحبه التغرير بالقول أو بالفعل، سواء حدث التغرير من جهة البائع أو من غيره ممن له صلة بالعقد كالسمسار، ويستثنى من ذلك بيع مال الصغير أو الوقف أو بيت المال ممن قصد الفقها، إلى تشديد الحماية لمصالحهم وأموالهم، وهو الاستثناء الذي نجده في أحوال أخرى للغاية ذاتها، وهي حماية مصالح الصغير والوقف وبيت المال، وهو ما نراه في تضمين منافع الصغير والوقف وبيت المال،

€ (هادة ٥٣٤): إذا مات المغرور المغبون بغبن فاحش فلا ينتقل خيار التغرير لوارثه(٢٠).

إذا مات من غرر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه؛ لأن خيار الغبن والتغرير لا يورث، سواء كان المغبون البائع أو المشتري؛ لأن خيار الغبن والتغرير هو من الحقوق المجردة التي تثبت للبائع وللمشتري، ولذلك لا تورث ولا تنتقل.

⁻ كذلك روي عدم جعل تصرف المالك في العين المرهونة أو المؤجرة موقوقًا على إجازة الدائن المرتبن أو المستأجر، حيث إنه من الفراعة المستئرة الأثن والتي تتضميها المسلمة في التعامل أن الرهم أو الإيجار لا يتجيد عن المالك في التصرف في ملكه، ولهذاروي من الأفضل الأخذ بالحل الذي اعتماء التغين العراقي؛ إني يستجيب لحاجة التعامل، عل خلاف ما تعذيه التغين الأردن.

أما التصرف الصادر من المريض في مرض الموت فحكمه في مكان آخر.

ثالثًا: أنه جعل التصرف في ملك الغير بدون إذنه موقوقًا على الإجازة، وهذا الحكم يفضل إلى حد كبير حكم بيع ملك الغير في التنفيذ الخالي وغيره من التغنيات العربية في عدا التغنين العراقي والتغنين الأردي، فيع ملك الغير في التغني الحالي وغيره من التغنيات التي أحذت بالتصوير اللاتيني حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة، فهو نافذ في حق الباتم، وقبل للإبطال بالنسبة إلى المشتري بمفتضى نص خاص، وغير نافذ في حق المثلك، وللهالك أن يقره فيصبح بدا الإرزاد،

بينا في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا السع واحدًا بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري والمالك، فهو موقوف في حقهم جميعًا، ولا تأتي إجازته إلا من جانب المالك، فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذًا في حق الجميع. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٢٠٥/٤ - ٢٠٠.

⁽١) يستفاد حكمها من جامع الفصولين في آخر الفصل ص: ٢٧.

⁽٢) هذا ما جرى عليه مصنف التنوير بحثًا، وقواه في رد المحتار من المرابحة، وبحث الرمل والمقدسي أنه يورث. ا.هـ.

مثال ذلك: إذا باع شخص في صحته داره المعلومة بشمن معلوم، وبعد تسليمها للمشتري توفي البائع، فلا تسمع دعوى ورثته من أن البيع المذكور وقع بالتغرير والغين الفاحش، أما إذا أقام المغبون دعوى التغرير والغين، ثم توفي المدعي قبل صدور الحكم برد وإعادة المبيع فالظاهر أن لا ينتقل هذا الحق إلى ورثه.

وأما إذا توفي الغارُّ فلا تسقط دعوى التغرير والغين الفاحش، بناء عليه: إذا باع شخص لآخر عرصته المملوكة وسلمها للمشتري ثم توفي بعد ذلك فللمشتري أن يدعي على ورثة المذكور وقوع البيع بغبن وتغرير، وعند إثبات دعواه يفسخ البيع، كذلك: إذا باع شخص متاعه لآخر وبعد تسليمه توفي، فادعى المشتري أن الشراء المذكور وقع بغبن وتغرير وأقام الدعوى بذلك على ورثته وأثبت مدعاه فيفسخ البيع.

♦ (عادة ٥٣٥): المشتري المغرور المغيون بغين فاحش إذا تصرف في بعض المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالغين الفاحش سقط حق فسخه ")، وأما تصرف في بعض المبيع قبل علمه بالغين فلا يمنع الرد، فله رد الباقي ورد مثل ما صرف في حاجته لو مثليًّا والرجوع بالثمن".

المشتري الذي حصل له تغرير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك بتصرف معدود من لوازم التملك ومن تصرفات الملاك بعد اطلاعه على وجود غبن فاحش في البيع؛ لأن هذا التصرف هو رضاء بالغبن، فلذلك يسقط خياره، ولا يبقى له حز، فسخه.

ولذا فإنه إذا أخرج المشتري المغبون بعداطلاعه على الغبن الفاحش المبيع للبيع، أو كان المبيع دارًا فأحدث فيها بعض أبنية، أو أجرها، فلا يبقى له حق الفسخ، فعليه إذا تصرف المشتري الذي تغرر في البيع قبل اطلاعه على الغبن الفاحش، أو أتلفه، أو استهلكه فلا يكون ذلك مانعًا للفسخ كما سيرضح في المادة الآتية.

أما إذا تصرف المشتري تصرف الأمين فلا يسقط تصرفه هذا حق الفسخ، مثلًا: إذا حفظ المشتري المغرور بعد اطلاعه على الغين الفاحش الساعة المباعة وداوم على حفظه لها فلا يسقط ذلك خياره.

⁽١) انظر عجلة الأحكام العدلية المادة (٣٥٨): ١/ ٣٧١.

⁽٢) يستفاد من الأنقروية من آخر فصل الغبن والمحاباة ص: ٢٥٩.

⁽٣) حكمها في الدر من أواخر المرابحة والتولية ص: ١٥٩.

٤٠٠ اليوع: تسليم المبيع

وكذلك فإن الإبراء يسقط حق الفسخ، مثلًا: إذا غرر أحد المتبايعين الآخر فأبرأ المغرور من غرَّم من دعوى التغرير والغين الفاحش فليس له بعد ذلك دعوى الغين والتغرير (١٠).

**

(مادة ٥٣٦): إذا هلك عند المشتري المبيع بغين فاحش وغرر، أو استهلك أو حدث فيه
 عيب أو بنى المشترى فيه بناء، فلا حق له في فسخ البيع ويلزمه جميع الثمن^(١).

إذا مات من غرر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه؛ لأن خيار الغبن والتغرير لا يورث، سواء كان المغبون البائع أوالمشتري؛ لأن خيار الغبن والتغوير هو من الحقوق لمجردة التى تثبت للبائع وللمشتري، ولذلك لا تورث ولا تنتقل.

ولذا فإنه إذا باع شخص في صحته داره المعلومة بثمن معلوم، وبعد تسليمها للمشتري توفى البائم فلا تسمم دعوى ورثته من أن البيم المذكور وقع بالتغرير والغين الفاحش.

أما إذا أقام المغبون دعوى التغرير والغبن ثم توفي المدعي قبل صدور الحكم برد المبيع، فالظاهر أن لا ينتقل هذا الحق إلى ورثه.

وأما إذا توفي الغازُّ، فلا تسقط دعوى التغرير والغين الفاحش، بناء عليه: إذا باع شخص لاَّخر عرصته المملوكة وسلمها للمشتري ثم توفي بعد ذلك فللمشتري أن يدعي على ورثة المذكور وقوع البيع بغين وتغرير، وعند إثبات دعواء يفسخ البيع، كذلك: إذا باع شخص متاعه لاَّخر وبعد تسليمه توفي، فادعى المشتري أن الشراء المذكور وقع بغين وتغرير وأقام الدعوى بذلك على ورثته وأثبت مدعاه ففسخ البيم?".

...

(١) انظر عجلة الأحكام العدلية المادة (٢٥٩): ١/ ٣٧١.

⁽٢) يستفاد حكمها من رد المحتار في أواخر المرابحة من ١٦٠، عند قول المصنف: وتصرف في بعض المبيع غير مانع منه على قول الشارح: بغي ما لو كان قبيثًا... إلخ، ذكر ذلك استدلالاً بها قيل في خيار الحيانة من المرابحة بحثًا.. اهـ. (٣) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (١٥٥٠) : ١/ ٣٠٨.

9.0

باب: السلم

♦ (هادة ٥٣٧): السلم هو: شراء مثمن آجل وهو المسلم فيه بثمن عاجل وهو رأس المال(١).

من معاني السلم في اللغة الإعطاء، والتسليف يقال: أسلم الثوب للخياط أي: أعطاه إياه، قال المطرزي: أسلم في البر، أي أسلف، من السلم، وأصله: أسلم الثمن فيه، فحذف¹⁷. وشرعًا: يبم آجل بعاجل¹⁷.

وإنما شرع عقد السلم بالكتاب والسنة والإجماع.

أ - أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ يَكَانَّهُا الَّذِيكَ مَامُونًا إِذَا تَدَيْدَمُ مِبْمَنِهِ لَكَ أَكِن مُسَكَمَ فَاصَتُمُوهُ ﴾ [البترة: ٢٨٦]، قال ابن عباس: و أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمَّى قد أحله اللَّه في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية والكريمة: أنها أباحت اللين، في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية والكريمة: أنها أباحت اللين، والسلم نوع من الديون، قال ابن العربي: والدين هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدًا، والآخر في الذمة نسيتة، فإن العين عند العرب ما كان حاضرًا، والدين ما كان غائبًا » فندك الآية على حل المداينات بعمومها، وشملت السلم باعتباره من أفرادها؛ إذ المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه إلى أجله.

ب - وأما السنة: فعا روى ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قدم المدينة والناس يسلفون في النمر السنتين والثلاث، فقال عليه الصلاة والسلام: * من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ١٠٠٠.

فدل الحديث الشريف على إياحة السلم وعلى الشروط المعتبرة فيه، وحديث عبد الرحمن ابن أبزى وعبد الله بن أبي أوفى قالا: * كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلقهم في الحنطة والشعير والزيت إلى أجل مسمًّى، فقلت: أكان لهم زرع أو لم يكن لهم زرع؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك "٠٠،

جـ - وأما الإجماع: فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز (").

⁽١) نصت المادة (١٢٣) من مجلة الأحكام العدلية على أن السلم هو بيع مؤجل بمعجل.

 ⁽٢) انظر الموسوعة الفقهية : ٢٥/ ١٩١.
 (٣) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ٢١٠.

⁽٤) سنن البيهقي الكبرى : ١/ ١٩، برقم ١٠٨٧٠ . (٥) سنن البيهقي الكبرى : ٤٠/٤، برقم ٦٣٠٩.

⁽٦) صحيح البخاري: ٢/ ٧٨٤، برقم ٢١٣٦. (٧) انظر الموسوعة الفقهية: ٢٥/ ١٩٢.

ونصت المادة (١٢٣) من شرح مجلة الأحكام العدلية على أن: « السلم يع مؤجل بمعجل ، وبعبارة أوضح: هو البيم الذي يكون فيه الثمن معجلًا واستلام المبيم مؤجلًا.

بمعجل ، ويعباره اوضح. هو ابيع الذي يعون فيه النفن معجد والسدم المبيع فوجد. وهو بعكس البيع المؤجل، فالبيع المؤجل هو الذي يكون المبيع فيه معجلًا والثمن مؤخلاً!.

وقد تضمنت المادة (٥٣٢) من القانون المدني الأردني النص على تعريف السلم بما لا يخرج عن ذلك، وأنه بيم مال مؤجل التسليم بثمن معجل.

 (عادة ٥٣٨): حكم السلم: ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن عاجلًا، ولرب السلم في المسلم فيه آجلًا.

لما كان الثمن هو المقصود حالًا لزم من قبضه في المجلس، وجعل المال الذي يقع السلم فيه وبه بمنزلة رأسه؛ لأن رأس الإنسان أشرف ما فيه، وثبت الولك للمسلَّم إليه في الثمن ولرب السلم فيه الدين تتأجل فيه المطالم؟**.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٠٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ونصها: « حكم السلم: ثبوت الملك في البدلين ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن حكم السلم: ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه وهو الدين الكائن في الذمة، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى، والمؤجل: هو المطالبة بما في الذمة؟..

...

(مادة ٥٢٩): لا يصح السلم إلا في الأشياء التي يمكن ضبطها وتعيينها قدرًا ووصفًا كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة، وأما العدديات المتفاوتة، في القيمة فلا يجوز السلم فيها عددًا إلا بمميز كطول وغلظ ونحو ذلك.

يشتر ط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته بالوصف، وذلك بأن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع؛ لأن الجهالة المائمة للتزاع لا تزول إلا ببيان هذا كله.

والأصل في ذلك قوله ﷺ: ﴿ مَنْ أَسْلَفَ سَلْفًا فَلْيَسْلَفَ فَي كَيْلُ مَعْلُومٌ وَوَزَنَ مَعْلُومٌ

 ⁽١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية : ١/ ١١٤.
 (٢) حاشية الطحطاوي على الدر المختار : جـ ٣.

⁽٣) مشروع تَقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعيان المادة (٢٠٦).

إلى أجل معلوم ³(١).

وقد ورد ذلك في المادة (٩٣٣) من القانون المدني الأردني، ونصها: ﴿ يشترط لصحة بيع السلم:

١ - أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار، ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم.

- ٢ أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إيفائه.
- ٣ إذا لم يعين في العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد.

(مادة ٥٤٠): يشترط لصحة السلم إن كان المسلم فيه حنطة أو قطنًا أو خبرًا أو شعيرًا أو في في المعيرًا أو شعيرًا أو في المعيرًا أو غيرًا لله يجوز أو غير ذلك من الغلال ونحوم أن يحوز السلم، فلا يجوز السلم في حنطة أو ذرة حديثة قبل وجودها (١٠).

لا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودًا من حين العقد إلى حين الحلول حتى لو كان منقطمًا عند العقد موجودًا عند الحلول أو على العكس، أو منقطمًا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز، وهو قول الأوزاعي.

وقال الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق: إذا كان موجودًا عند المحل جاز، وإن كان منقطمًا وقت العقد، أو بينهما؛ لأن اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل، فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب، بل دليل نفيه عدم دليل وجوده؛ لأن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي.

ولهم أيضًا: إطلاق الحديث المتقدم، أعني أنه ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث، فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله: ومن أسلف سلفًا فلبسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ٢٠٥، فلو كان عدم الانقطاع شرطًا لبينه، وحين لم يبينه لم يثبت، بل لزم أنه ليس شرطًا بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله.

قلنا: بل فيه مدرك شرعي، وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظ له عن أبي إسحاق عن

⁽١) سنن النسائي المجتبى : ٧/ ٢٩٠ برقم ٢٦١٦.

⁽٢) انظر المادة (٣٨١) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلى حيدر.

⁽٣) سنن النسائي المجتبى : ٧/ ٢٩٠ برقم ٤٦١٦.

رجل نجراني قلت لعبد اللَّه بن عمر: أسلم في نخل قبل أن يطلع قال: لا، قلت: لِمَ؟ قال: لأن رجلًا أسلم في حديقة نخل على عهد رسول اللَّه ﷺ قبل أن يطلُّع النخل فلم تطلع النخل شيئًا ذلك العام فقال المشتري: هو لي حتى يطلع، وقال البائع: إنما بعتك النخل هذه السنة، فاختصما إلى رسول اللَّه ﷺ فقال للبائع: ﴿ أَخَذُ مِن نَخَلَكُ شَيئًا ﴾ قال: لا، قال: ﴿ بِمَ تَستحل ماله؟ أردد عليه ما أخذت منه، ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه ،(١)، وجه الدلالة: أنه أولًا: يصدق علم، السلم إذا وقع قبل الصلاح أنه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها، وفيه مجهول كما رأيت، والحديث المعروف وهو أنه ﷺ (نهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ١٥٠١) فيكون متناولًا للنهي. ويدل عليه ما أخرج البخاري عن أبي البختري قال: سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال: نهي رسول اللَّه ﷺ عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الورق نَسَاءً بناجز، وسألت ابن عباس - رضي اللَّه عنهما - عن السلم في النخل، فقال: نهي رسول اللَّه ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه (٢٠)، فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع أنهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم، فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل، فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم.

والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي، وكثير يأخذون ليستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلًا قليلًا؛ لأنَّ وضع المسلم شرعًا لاعتبار ظن ما ذكرنا، فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد، ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت.

وفي مبسوط أبي الليث: لو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يو جد فيه؛ لأنه لا يتحصل إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم، حتى لو أسلم في الرطب سخاري لا يجوز وإن كان سجستان(٤).

♦ (مادة ٥٤١): شروط صحة السلم سبعة:

الأول: بيان جنس المسلم فيه كبُرٌّ أو قطن أو فول أو شعير أو نحو ذلك. الثاني: بيان نوعه أي كونه بعليًا أو مسقاويًا (°).

⁽١) نصب الراية : ٤٩/٤.

⁽٢) صحيح البخاري : ٢/ ٥٤١ برقم ١٤١٦. (٤) انظر فتح القدير : ٧/ ٨٢، ٨٣. (٣) صحيح البخاري : ٢/ ٧٨٣ برقم ٢١٣١.

⁽٥) الذي في غتار الصحاح مسقوي: أي ما يسقى بالسيح من باب الواو فصل السين ص: ٦٣٠.

الثالث: بيان وصفه أي كونه جيدًا أو ردينًا أو متوسطًا.

الرابع: بينان قدره وزنًا وكيلًا وفرعًا وعداً، فالمكيلات والموزونات والمذروصات والمعدودات تعين مقاديرها بالعدوالوزن والكيل والذرع، والمعدديات المتقاربة تتعين مقاديرها بالعد والوزن والكيل أيضًا، وينبغي في المنسوجات تعيين طولها وعرضها ورقتها وثخنها وما ركب منها وصفتها(^)

الخامس: بيان الأجل وأقله شهر في السلم.

السادس: بيان قدر رأس المال إن كان مكيلًا أو موزونًا أو عدديًّا غير متفاوت.

السابع: بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة(٢).

لا يصح السلم إلا بسبع شرائط تذكر في العقد، ولا شك أن للسلم شروطًا غيرها، ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها، ومن هذه الشرائط :

جنس معلوم كحنطة شعير، ونوع معلوم كسقية، وهي ما يسقى سيخًا أو بخسية، وهي ما يسقى بالمطر، ونسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماه بالنسبة إلى السيح غالبًا، وصفة معلومة كجيد أو رديء أوسط مشعر سالم من الشعير، ومقدار معلوم كذا كيلًا بمكيال معلوم، فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فإن ما يجوز كونه مسلمًا فيه يجوز كونه رأس السلم ولا يتعكس، فإن التقود تكون رأس مال ولا سلم فيه.

ومن الشروط كذلك: أجل معلوم، والأصل فيه-أي في اشتراط هذه الخمسة – عاروينا، يعني قولهﷺ: * من أسلم منكم... ؛ الحديث، نص على شرطي: القدر المعلوم والأجل المعلوم، وثبت باقي الخمسة بالدلالة؛ لظهور إرادة الضبط المنافي للمنازعة؛ لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة.

والشرط السادس: ذكر مقدار رأس العال إذا كان رأس العال من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة، وهذا شرط في المسلم فيه كذلك اتفاقًا، ومنها: تسمية مكان الإيفاء وهو يخص المسلم فيه.

وكذا: أن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا؛ لأن انفراد أحدهما يحرم النَّسَاء، وأن لا يكون فه خيار الشرط.

⁽١) صرح به في الدر من أوائل السلم ص: ٢٠٤.

⁽۲) نصت المادة (۲۸۱) من جلة الأحكام العدلية على: 9 يشترط لصحة السلم بيان جنس الميع، مثلاً: أنه حنطة أو أرز» أو تمر ونوعه ككونه يستقى من ماء مطر (وهو الذي نسميه في عرفنا بعكًا)، أو بهاء النهر والعين وغيرهما (وهو ما يسمى عندنا مشيًا) وصفته كالجيد والحسيس وبيان مقدار الثمن والميع وزمان تسليمه ومكانه ٤.

ومنها كذلك: أن يتعين المسلم فيه بالتعيين، فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير، وهذا ما تناولته المادة (٣٨٦) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « يشترط لصحة السلم بيان جنس المبيع، مثلاً: أنه حنطة أو أرز، أو تمر ونوعه ككونه يسقى من ماء مطر، وهو الذي نسميه في عرفنا بعلاً، أو بماء النهر والعين وغيرهما، وهو ما يسمى عندنا سقيًا، وصفته كالجيد والخديس، وبيان مقدار الثمن والمبيع وزمان تسليمه ومكانه.

الاختلاف في صحة السلم وفساده: إذا اختلف الطرفان في صحة السلم وفساده فقال أحدهما: إن السلم صحيح لتوفر الشروط فيه، وقال الآخر: فاسد؛ لأن الشرط الفلاني مفقود منه، فالقول مع البعين لمدعى الصحة ١٠٠٠،

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٠٨) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة، ونصها:

د يشترط في المسلم فيه بيان جنسه، ونوعه، وصفته، ومقداره، وأجله، ومكان إيفائه إن كان له حمل ومؤنة، وكونه مثمناً، وأن يكون موجودًا من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ٢٠٠٨.

♠ (عادة ٤٠٥): يشترط لبقاء السلم على الصحة تبض رأس المال ولو عيناً قبل الافتراق. من الشروط: قبض رأس المال في مجلس العقد، فلو انتقض القبض بطل السلم، كما لو كان عيناً فوجده معيباً أو مستحفًّا، ولم يرض بالعبب أو لم يجز المستحق أو ديئاً فاستحق ولم يجزه واستبدلها في مجلس المجلس، فلو قبله صحح أو وجده زيوفاً أر نبهرجة وردها بعد الافتراق، صواء استبدلها في مجلس الرد أو لا، فلو قبله واستبدلها في المجلس أو رضي بها ولو بعد الافتراق صح والكثير كالكل، وفي تجديده روايتان: ما زاد على الثلث، أو ما زاد على النشف، وإن وجده مشوِّقة أو رصاصًا فإن استبدلها في المجلس صحَّ وإن بعد الافتراق بطل، وإن رضي بها؛ لأنها غير جنس حقه، وفي الواقعات: باع عبدًا بثوب موصوف إلى أجل جاز؛ لوجود شرط السلم، فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل؛ لأنه يصير سلمًا في حق الثوب بيمًا في حق الثوب.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١٨٨٣) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه:

⁽١) انظر عجلة الأحكام العدلية المادة (٣٨٦): ١/ ١٥٥.

⁽٢) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعيان المادة (٢٠٨).

⁽٣) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/٢١٧.

يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد، فإذا تفرق العاقدان قبل تسليم
 رأس السلم انفسخ العقد (١٠٠٠).

وتتفق هذه المادة مع بعض ما ورد في المادة (٢٣٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: (يجب أن يكون رأس المال معلومًا للمتعاقدين وأن يتم الوفاء به عند التعاقد »، غير أن القانون المدني الأردني أجاز تأثير قبض رأس المال بضعة أيام؛ حيث جاء في مادته (٢٣٥) أنه: (يشترط في رأس مال السلم - أي ثمنه - أن يكون معلومًا قدرًا ونرعًا، وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام ».

 (مادة ٥٤٣): إذا اشترط الإيفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الإيفاء، حتى لو أوفاه في محلة فيها برئ، وليس له أن يطالبه في محلة أخرى، وإن كانت المدينة متسعة بأن بلغت نواحها فر سخًا يشتر ط أن يعين للإيفاء ناحية منها (١٠).

السلم غير واجب التسليم في الحال، فلزم تعيين مكان الإيفاء؟ منمًا من المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن، فلا بد من البيان ولر عينا مدينة للإيفاء فكل محلاتها سواء فيه، هذا إذا لم تبلغ نواحيه فرسخًا فإن بلغته فلا بد من بيان ناحية منه. (فتح وبحر) وجزم به في (النهر).

وتنفق هذه المادة مع المادة (٤٣٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (" ونصها:

وإذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه، وجب تسليمه في المكان المتفنّ عليه، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه في المكان الذي تم فيه العقد (()).

•••

⁽١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٨٧): ١٨/١.

⁽٢) حكمها في الدر وحاشية رد المحتار من أواثل السلم ص: ٢٠٧.

⁽٣) انظر المادة (٤٣٦) من المذكرة الإيضاحيَّة للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية صـ : ١٥١.

⁽غ) نصت المادة (١١٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه: و إذا حل أجل المسلم. في وجب على البابع أن يسلمه للمشتري في المكان المذي شرطا السليم فيه أو في عمل عقد السلم إذا لم يشترطا مكانًا معبّاً، ولا ينزم البابع شسليمه ولا المشتري تسلمه عن في غيرهم إلا أن يرضيا بذلك ، وانتظر كذلك المادة (١٥٧) من مترو وتقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (٣٣/ ٣) من التقنين الأردني.

٩١٧ _____ اليوع: الس

 ♦ (مادة ٤٤٥): ما لا حمل له ولا مؤنة لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء، فيوفيه حيث شاء ولو عين مكانًا تعين.

وما لاحمل له: هو الذي لا يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال، وقيل: هو الذي لو أمر إنسانًا بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانًا، وقيل: ما يمكن رفعه بيد واحدة(١٠).

ويلزم الوفاء بالمسلم فيه في المحل المتفق على تسليمه فيه إن ذكرا ذلك وعيناه، أما إذا لم يعينا مكانً للوفاء بالمسلم فيه، وهو مما ليس له حمل ومؤنة، فيسلمه في أي مكان بالمدينة التي جرى الاتفاق فيها، وعند أبي حنيفة أنه لا يتعين مكان للإيفاء لأن العقد إذا وجد مطلقاً عن تحديد مكان الإيفاء بالمسلم فيه لم يتعين مكان العقد لذلك، ويخلف الصاحبان فيه، ويريان أن العقد قائم بالمكان الذي تم فيه العقد، أما أبو حنيفة فيرى تعلق المقد بالعاقدين لا بمكان الوقاد فيه.

€ (هادة ٥٤٥): إذا أبي المسلم إليه قبض رأس المال يجبر عليه.

لو أبي المسلم إليه قبض الثمن في المجلس أجبر عليه، وفيه إشارة إلى أن شرط الخيار مفسد للسلم؛ لأنه يمنع تمام القبض⁷⁷.

وذلك لأن السلم عقد لازم، ومن أحكامه نقل ملكية رأس مال السلم إلى المسلم إليه: ويجبر المسلم على الوفاء به وتسليمه إلى المسلم إليه إذا امتنع من ذلك، بناء على أن السلم عقد لازم.

● (مادة ٥٤٦): لا يجوز للمسلم إليه التصرف في رأس المال قبل قبضه، ولا لرب السلم أن يتصرف في المسلم فيه قبل استلامه بنحو بيع وشراء⁽⁷⁷⁾.

لا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض:

أما الأول: وهو رأس المال فإنما لا يجوز للمسلم إليه التصرف قبل قبضه؛ لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعًا قبل الافتراق.

وأما الثاني: وهو المسلم فيه فإنه مبيع، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز؛

 ⁽١) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٥/٢١٦.
 (٣) حكمها في الدر من أوسط السلم ص : ٢٠٩.

⁽٢) انظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ١٠٢/٢.

البيوع: السلّم _______ ١١٣

القوله ﷺ: « لا تبع ما ليس عندك ، (() فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به، أما لو دفع المسلم إليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فإنه يجوز، ولا يكون له حكم الاستبدال فإنه جنس حقه، فهو كترك بعض حقه وإسقاطه في حق باب السلم، ومن جنس القضاء في حق المسلم إليه، وقو ل القدوري بعد ذلك (().

وفي فتح القدير أنه: * ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل قبضه ». وهذا ينفق مع ما ورد في المادة (٢١٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان التي تنص على أنه: * لا يجوز لأحد العاقدين التصرف في رأس المال إلى المسلم فيه قبل القيض ، ٢٠٠٠.

 (مادة ٥٤٧): يبطل الأجل بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم، فيؤخذ المسلم فيه من تركة المسلم إليه حالاً³¹⁾.

يبطل الأجل بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم، فيؤخذ المسلم من تركته حالاً البطلان الأجل بموت المديون لا الدائن، ولذا شرط دوام وجوده لتدوم القدرة على تسليمه ٥٠٠.

ويتضح من ذلك بطلان الأجل بموت المسلم إليه " البائع " لا بموت رب السلم (المشتري)، ويترتب على هذا البطلان - طبقًا لما جاء في هذه المادة - الحكم بأخذ المسلم فيه من التركة حالًا، ولا يترتب على هذا البطلان فوات حق المشتري، فيأخذ دينه حالًا؛ لأن الذي أبطل هو الأجل لا الدين، ويختلف القانون المدني الأردني فيما جاءت به المادة (٣٧٧) عن ذلك؛ حيث تضمنت هذه المادة إعطاء الخيار للمشتري بين فسخ المقد واسترداد الثمن من التركة، وبين الاستمرار على المقد وانتظار حلول الأجل، ويكون له أن يطالب بحجز شيء من التركة يفي بقيمة المبيع، ونص هذه المادة: وإذا مات البائم في السلم قبل حلول أجل المبيع كان المشتري بالخيار إن شاء فسخ المقد واسترد الثمن من التركة، أو شاء انتظار حلول الأجل، وفي هذه الحالة يحجز من التركة ما يفي بقيمة المبيع إلا إذا قدم الورثة كفيلًا ملينًا يضمن تسليم المبيم عند حلول أجله ».

⁽١) سنن أبي داود : ٣/ ٢٨٣ برقم ٣٥٠٣. (٢) انظر فتح القدير : ٧/ ١٠٢.

⁽٣) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعيان المادة (٢١٣).

⁽٤) حكمها في الدر من أوائل السلم ص: ٢٠٦. (٥) رد المحتار لابن عابدين: ٢٠٦/٤.



 (مادة ٥٤٥): بيع الوفاء هو: أن يبع شيئًا بكذا أو بدين عليه، بشرط أن الباتع متى ردالثمن إلى المشترى أو أداه الدين الذي له عليه يرد له العين المبيعة وفاء.

البيع هو: مبادلة مال بمال.

والوفاء لغة: ضد الغدر، يقال: وفي بعهده وأوفى بمعنى واحد، والوفاء: الخلق الشريف العالى الرفيع، وأوفى الرجل حقه ووقًاه إياه بمعنى: أكمله له وأعطاء وافيًا.

وفي اصطلاح الفقهاء بيع الوفاء هو: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه، وإنما سمى بيع الوفاء؛ لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط.

هـذا، ويسميه المالكية: ﴿ بيع الثنيا » والشافعية: ﴿ بيع العهدة » والحنابلة: ﴿ بيع الأمانة » ويسمى أيضًا: ﴿ بيع الطاعة » و﴿ بيع الجائز » وسمي في بعض كتب الحنفية: ﴿ بيم المعاملة ؛ (١٠).

ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدًا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على الباتع حين رد الثمن، وبعض الفقهاء يسميه: البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الرباحتى يسوغ للمشتري أكل ريعه، وبعضهم يسميه بيع المعاملة، ووجهه أن المعاملة ربح الدين، وهذا يشتريه الدائن ليتنفع به بمقابلة دينه.

♦ (مادة ٩٤٩): لا يجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع إلا بإذن الباتع، ويضمن ما أكله بغير إذنه من ثمره أو ما أتلقه من شجره (").

اختلف فقهاء المذهب في تكييف بيع الوفاء إلى ثلاثة آراء:

ا أن له حكم الرهن، وهو الصحيح وعليه الأكثر، وينبني على ذلك أن المشتري وفاء
 لا يملكه ولا ينتفع به إلا ياذن مالكه وهو ضامن.

⁽١) انظر الموسوعة الفقهية: ٩/ ٢٦٠.

⁽٢) حكمها في رد المحتار في بيع الوفاء من أواخر الصرف ص: ٢٤٦.

ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدًا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن، وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الرباحتي يسوغ للمشترى أكل ريعه.

وقال السيد الإمام: قلت للإمام الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس، وفيه مفسدة عظيمة، وفتواك أنه رهن، أنا أيضًا على ذلك، الصواب أن نجمع الأثمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس، فقال: المعتبر اليوم فتوانا، وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله.

قلت: وبه صدر في جامع الفصولين فقال رامزًا لفتارى النسفي: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالًا للربا وسموه بيع الوفاء، هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو بقي، ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام، ثم نقل ما مر عن السيد الإمام.

وفي جامع الفصولين: ولوبيع كُرْم بجنب هذا الكرم فالشفعة للبائع لا للمشتري؛ لأن بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن، وللرهن حق الشفعة وإن كان في يد المرتهن.

٢ - أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به، إلا أنه لا يملك المشتري
 بيعه، قال الزيلمي في الإكراه: وعليه الفتوى.

٣ - والقول الجامع لبعض المحققين: أنه فاسد في حق بعض الأحكام، حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح في حق بعض الأحكام كحل منافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه.

فهو مركب من العقود الثلاثة، كالزرافة فيها صفة البعير والبقرة والنمر، جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما، قال في البحر: وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامو^(١).

وقد جاء في المادة (۱۳۳۳) مدني عراقي: أن بيع الوفاء يعتبر رهنًا حيازيًّا، أما المادة (٥٠٨) مدني كويتي ففيها أن: و إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد العبيع في مقابل ردالثمن والمصروفات اعتبر العقد قرض رهن حيازي، وهو ما جاء في المادة (١٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، والمواد (١١٨ ، ١٩٦٩، ٣٩٩)

⁽١) انظر الموسوعة الفقهية : ٩/ ٢٦٢.

من المجلة العدلية، واتجهت المادة (٤٣٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية إلى إبطال بيع الوفاء، فنصت على أنه: ﴿ إذَا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع وقع باطلاً »، يستوي في ذلك اعتباره بيمًا أو رهنًا، بناءً على أن بيع الوفاء كثيرًا ا ما يتخذه المتعاقدان ستارًا لإخفاء قرض بريًا فاحش.

وهو ما أوضحه تقرير لجنة مجلس الشيوخ عند النظر في هذا المقد حيث ذكرت اللجنة: أن البائع عند الاتفاق لا يأخذ ثمن العقار، وإنما يأخذ ما هو في مسيس الحاجة إليه حالًا ولو كان أقل كثيرًا من الشمن؛ اعتمادًا على قدرة يراها تتحقق له في المستقبل، فإذا اختلف ظنه - وهو ما يحدث كثيرًا - اضطر إلى ترك العقار مقابل ما أخذه، ويضيع عليه المبيع دون الحصول على ثمن عادل له، وفي هذا غين وظلم يتعين على القانون دفعه حماية لمصالح المتبايعين، وقد انتهت اللجنة من هذا بالإجماع إلى أن هذا النوع من البيوع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل، وإنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الشمان لقرض بريًا فاحش.

...

● (عادة ٥٠٠): لا يجوز للبائع أو المشتري أن يبيع العين المبيعة وفاء لشخص آخر، فلو باعها البائع لآخر بيمًا بأنًا توقف البيع على إجازة مشتريها وفاء، ولو باعها المشتري فللبائع أو ورثته حق استردادها، ويكون للمشتري إعادة يده عليها حتى يستوفي دينه٬٬٠.

وجه ذلك: أنه بيع مشروط بحق البائع في استرداد المبيع متى وفي الثمن، فليس للمشتري أن يتجاهل هذا الشرط ببيعه إلى آخر بيمًا باتًا، والأمر أوضح على تكيف بيع الوفاء على أنه رهن، إذ تظل ملكية المرهون (المبيع وفاء) لراهنه، ولا حق للمرتهن (المشتري في بيع الوفاء) في التصرف الناقل للملكية، أما على القول بيطلان بيع الوفاء طبقًا لما رجحته القوانين العربية الحديثة فلا حق للمشتري في التصرف في المبيع وفاء بأي وجه من وجوه التصرف؛ لأن ملكية المبيع وفاء لم تنتقل من البائع، بحكم بطلان بيم الوفاء.

ولو باع البائع ألو خربها بائاً توقف البيع على إذن المشتري وفاء، ذلك على القول بأنه رهن، وللبائع أو ورثه حق الاسترداد، والمحكم كذلك على القول بأنه رهن، وكذا على القولين القاتلين بأنه بيع يفيد الانتفاع به فإنه لا يملك بيعه، وهذا البحث مصرح به في البزازية حيث قال في القول الأول: إنه رهن حقيقة؛ ولذا فإنه لو باع كرمه وفاء من آخر وباعه المشتري بعد قبضه من آخر باتًا وسلمه وغاب، فللبائع الأول استرداده من الثاني؛ لأن حق الحيس وإن كان

⁽١) حكمها في الدر من بيع الوفاء ص: ٢٤٧.

اليوع: السلّم ______ ١٩١٧ _____

للمرتهن، لكن يد الثاني مبطلة فللمالك أخذ ملكه من المبطل، فإذا حضر المرتهن أعاد يده فيه حتى يأخذ دينه، وكذا إذا مات البائع والمشتري الأول والثاني فلورثة البائع الأول الأخذ من ورنة المشترى الثاني، ولورثة العرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه ('').

♦ (مادة ٥٠١): إذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد ما دفع الثمن للباتع، وتوافق الباتع مع المشتري على أن يرد له المبيع إذا رد له نظير الثمن في وقت كذا، ثم جاء الوقت وامتنع الباتع من رد نظير الثمن للمشتري يؤمر الباتع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه، فإذا امتنع باع الحاكم عليه (١٠).

مبنى هذا الحكم على اعتبار بيع الوفاء نوعًا من الرهن؛ ولذا فإن للمشتري الحق - عند حلول الوقت المتفق عليه دون أن يقوم البائع برد الثمن الذي أخذه - في بيع المبيع واستيفاء حقه منه ورد الباقي لصاحبه طبقًا لما هو معروف من أحكام الرهن، ويقوم البائع ببيع المبيع بنفسه إن رضي بذلك، وإلا فإن القاضي يجبره عليه؛ لأنه التزم برد الثمن لصاحبه في الوقت المحدود لذلك فيما اتفقا عليه، ويجري تفسير عبارات المتعاقدين عند اختلافهما في نوع البيع وأنه على البتات أو الوفاء بالرجوع إلى القرائن.

● (مادة ٥٠٠): إذا هلك المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين في مقابلته، وإن كانت قيمته أقل من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي من البائع.

هذا الحكم مبني كذلك على اعتبار يبع الوفاء رهناً مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته، يعني إذا هلك المال في يد المشتري، أو أتلفه سقط من الدين بقدر قيمة المال الهالك أو المتلف.

فإن لم يتلف المال بل طرأ عليه عيب أوجب نقصان قيمته قسمت قيمة الباقي منه على قيمة ما هلك منه، فيسقط الدين الذي يصيب الحصة التي تلفت، ويبقى ما يلحق الحصة الباقية منه. مثلاً: إذا اشترى إنسان دارًا قيمتها ألف قرش بمائة قرش وفاء وتسلمها، فطرأ عليها خراب أنزل قيمتها إلى خمسمائة قرش فيسقط من ذلك الدين خمسون قرشًا، وإنما تحسب بالقيمة

⁽١) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ٢٧٧. (٢) حكمها في تنقيح الحامدية من أوائل الرهن ص : ٢٦٩.

٩١٨ ------ البيرع: السلّم

يوم القبض؛ لأن سبب الضمان هو القبض فيجب أن تعتبر القيمة وقت القبض.

ويجري الفراغ بالوفاء في مستغلات الوقف أيضًا، فلمن يكون له التصرف في الوقف بالإجارتين أن يتفرغ بالوقف بمقابل دينه وفاء بإذن المتولى.

مثلاً: إذا احترقت المسقفات الموقوفة ذات الإجارتين المتفرغ بها وفاة أو استغلاًلا، ولو حصل ذلك وهي في يد المتفرغ له فلا بسقط الدين الذي على المتفرغ، بل للمتفرغ له المطالبة به، ويجري التفرغ بالوفاء أيضًا في الأراضي الأميرية بإذن صاحب الأرض، والحكم على المنوال السابق في التلف.

أما إذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين، وهلك المبيع في يد المشتري فسقط من الدين بقدر قيمته ويسترد المشتري الباقي ويأخذه من البائع، يعني: أنه إذا كانت قيمة المال المبيع يوم القبض ناقصة عن الدين، وهلك المبيع في يد المشتري فيسقط من الدين قدر قيمته يوم فيضه، ويسترد المشترى الباقي ويأخذه من البائم.

ويشمل التلف ما كان منه بلا تعدُّ ولا تقصير من المشتري أو كان بتعديه وإتلافه، فإذا يبعت دار مملوكة تساوي ثمانمائة قرش بألف قرش بيع وفاء، فاحترقت وهي في يد المشتري ولم يبق منها غير عرصتها التي تساوي مائة قرش سقط من الدين سبعمائة قرش، وللمشتري أن يستوفي الثلاثمائة الباقية من البائم(").

● (مادة ٥٠٣): إذا هلك المبيع وفاء في يد المشتري، وكانت قيمته زائدة عن مقدار الدين سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين، وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاك المبيع بتعديه، وإن كان بدون تعديه فلا تلزمه الزيادة^(١٠).

الحكم هنا أن الرهن مضمون عند التعدي ضمان الغصب، فيضمن المرتهن كل قيمته، لكن دينه أسقط عنه من قيمة الرهن بقدره، فيقى عليه أداء الزائد على الدين إن كانت قيمة الرهن أكثر، وإن كان الدين أكثر رجم بما زاد على قيمة الرهن⁷⁷.

ويطابق ذلك ما جاء في المادة (٤٠١) من مجلة الأحكام المدلية التي نصت على أنه: { إذا كانت قيمة المال المبيم وفاء زائدة عن مقدار الدين، وهلك المبيم في يد المشترى

⁽١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادتين (٣٩٩، ٤٠٠) : ١/ ٤٣٤، ٣٥٥.

⁽٢) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أواثل الرهن ص: ٢٦٦.

⁽٣) انظر تنقيح الفتاوي الحامدية: ٢/ ٢٢٩.

سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين، وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاكه بالتعدي، وأما إن كان بلا تعد فلا بلزم المشتري أداء تلك الزيادة، وإنما ذلك إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء يوم القبض زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري، غير أنه إذا تلف بتعدي المشتري فعليه أن يضمن ما زاد عن مقدار الدين، أما إذا تلف بدون تعد ولا تقصير فالزيادة في حكم الأمانة، فليس على المشتري أداؤها.

ولهذا فإنه إذا باع إنسان ما لا يساوي ألفين ومائة قرش بيمًا وفائيًّا في مقابل ألف قرش دين عليه وسلمه للمشتري، فتلف وهو في يده، سقط الألف الدين، إلا أنه إذا حصل التلف بتعدى المشترى فعليه أن يضمن الألف الأخرى ، ١٠٠٠.

€ (هادة ٤٥٥): إذا مات أحد المتبايعين وفاء تقوم ورثته مقامه في أحكام الوفاء(٢٠).

إذا مات أحد المتبايعين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث، يعني: إذا توفي أحد المتبايعين وفاء أو الاثنان ممًا، انتقل حق الفسخ وسائر أحكام بيع الوفاء للوارث، أي يكون للوارث حق الفسخ كما كان للمتوفى.

ولهذا فإنه إذا باع إنسان داره الملك بخمسة آلاف من آخر بيمًا وفائيًّا فتوفي المشتري، فللورثة استرداد المبلغ الذي دفعه مورثهم ورد الدار لصاحبها".

 (مادة ٥٠٥): ليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشتري في المبيع وفاء حتى يستوفي دينه من المبيع.

ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاء ما لم يستوف المشتري دينه، أي ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاء وأخذه واقتسامه بينهم، ما لم يستوف المشتري دينه تامًّا فإذا بقي شيء رد إلى الغرماء.

لذا فإنه إذا باع داره الملك من آخر بمقابل ما استقرضه منه من النقود بيعًا وفائيًّا، وبعد أن سلمها إليه توفي الدائن قبل استيفاء دينه وديونه أكثر من تركته فتباع تلك الدار فيستوفي الدائن كل دينه أولًا ثم إذا بقي شيء فلسائر الغرماء(").

⁽١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٠١): ١/٤٣٧.

⁽٢) يستفاد من الدر في بيع الوفاء أواخر الصرف ص: ٢٤٧.

⁽٣) انظر عِلة الأحكام العدلية المادة (٢٠٤) : ١/ ٢٣٤. (٤) انظر عِلة الأحكام العدلية المادة (٤٠٣).



● (مادة ٥٥٦): الاستصناع^(۱) هو: طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع^(۱).

الاستصناع لغة: مصدر استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه، ويقال استصنع فلانا بابًا: إذًا سأل رجاً لا يصنع له بابًا، كما يقال: أكتب أي أمر أن يكتب له ؟ ، وهو شرعًا عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

أما صورة الاستصناع: فهي أن يقول إنسان لصانع من خفّاف أو صفّار أو غيرهما: اعمل لي خفّاً، أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم.

وأما معناه: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح؛ بدليل أن محمدًا ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العدّات، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضي في الواجب لا الموعود.

وأما شرعية الاستصناع: فإنه يجوز استحسانًا؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكر، وقد قال ؟ الإنهي لا تجتمع على ضلالة (10 وقال ؟ وقال ؟ وقال ؟ المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسن، وما رأى المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسن، وما رأى المسلمون عند الله سيء (10 والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر، من غير بيان المدة، ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي شراء البقل، ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلما ينفق وجوده مصنوعًا؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج،

⁽١) يستفاد حكمه من أواخر السلم في شرح الدر مع حاشية رد المحتار ص : ٢١٢.

⁽٢) أي: الأجزاء التي يتركب منها الشيء المراد عقد الاستصناع فيه من طرف الصانع.

⁽٣) لسان العرب وتاج العروس مادة (صنع). (٤) سنن ابن ماجه : ٢/١٣٠٣ برقم ٣٩٥٠.

⁽٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ١/ ٢٧٩ برقم ٣٦٠٠.

وقد ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه، كالمسلم فيه: فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق؛ ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستنجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزًا"،

ويقابل عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي العقد المعروف في القوانين المدنية العربية الحديثة بعقد المقاولة؛ هي قيام المقاول الحديثة بعقد المقاولة: هي قيام المقاول بصنم شيء أو أداء، ويقتصر محله على صنع شيء، فإن كان الشيء مقدمًا من العميل والعمل من الصانع كان العقد عقد إجارة، وإن كان الصانع هو الذي قدم المادة والعمل اعتبر العقد عقد يبع، وهو ما جاء في المادة (٣٨٨) من المجلة العدلية، حيث نصت على أنه: * إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشًا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعًا، مثلًا: لو أرى المشتري رجله لخفاف، وقال له: اصنع لي زَوْجَي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشًا وقبل الصانع، أو تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقًا أو سفينة ويثن له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع، كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية، كل واحدة بكذا قرشًا وبيَّن الطول والحجم وساثر أوصافها وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع .

وقد اكتسب عقد المقاولة أهمية زائدة في العصر الحديث؛ لزيادة الحاجة إليه، واتسع مجاله، فأصبح يعم الأحوال التي يقدم فيها العميل مادة العمل، أو الصانع، وهو ما ظهر في تعريف المادة ٧٠٠ من القانون الأردني لهذا العقد؛ حيث جاء فيها أن: « المقاولة عقد يتمهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنم شيئًا أو يؤدي عملًا لقاء بدل يتعهد به الطوف الأخر ٤.

♦ (مادة ٥٥٧): ينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع (٢).

ينعقد الاستصناع على المستصنّع، أو العين المطلوب صنعها، وقد نصوا على أنه عقد على مبيم في الذمة، وقيل: هو عقد على مبيم في الذمة شرط فيه العمل.

وجه القول الأول: أن الصانع لو أحضر عينًا، كان عملها قبل العقد، ورضي به المستصنع لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل

⁽١) انظر بدائع الصنائع : ٥/ ٣.

⁽٢) يستفاد هذا من الدر في أواخر السلم ص: ٢١٣.

لا في الماضي، والصحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعًا، فكان مأخذ الاسم دليلًا عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلمًا، وهذا العقد يسمى استصناعًا، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل، وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما").

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢١٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة، والتى تنص على ما يأتى:

الاستصناع: بيع ما يصنعه عينًا ، وقد جاء في توضيح ذلك أن الاستصناع لغة: طلب
 العمل، وشرعًا: بيع ما يصنعه عينًا.

فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعًا، فلو كان العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعًا.

وكيفيته: أن يقول للصانع كخفًّافِ مثلًا: اصنع لي من مالك خُفًّا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين، فإن خُدَّد فيه أجل كان سلمًا.

والاستصناع بلا أجل معلوم يصح استحسانًا فيما تعورف فيه، كخف وطست وغير ذلك من الأواني(٬٬٬

وقد تقدم في شرح المادة السابقة أن عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي هو ما اصطلح عليه عقد المقاولة في القوانين المدنية الحديثة الذي ورد تعريفه في المادة (٧٨٠) مدني مصري، أردني، و (٩٦٤) مدني مصري، أردني، و (٩٦٤) مدني مصري، عند المقاولة بما يشمل أحوال تقديم الصانع غير أن هذه المواد قد توسعت في تعريف عقد المقاولة بما يشمل أحوال تقديم الصانع المادة والعمل وحده، طبقًا للأعراف الحادثة، وبهذا فإن عقد المقاولة إذا اتفق فيه على تقديم العمل وحده يقابل في الفقه الإسلامي بعض صور الأجير المشترك.

♠ (مادة ٥٥٨): يجوز الاستصناع في كل ما جرى به التعامل⁽⁷⁾، ويشترط لصحته بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره ووصفه.

⁽١) انظر بدائع الصنائع : ٥/ ٣.

 ⁽٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢١٤).

⁽٣) يستفاد حكمه من حاشية رد المحتار أواخر السلم ص: ٢١٢.

تناولت هذه المادة شرائط جواز الاستصناع وبينت وجوب كون أن يكون الاستصناع فيما يجري فيه التعامل بين الناس، مع لزوم بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلومًا بدونه.

ولذا يجوز الاستصناع في أواني الحديد والرصاص، والنحاس والزجاج، والخفاف والنعال، ولجم الحديد للدواب، ونصول السيوف، والسكاكين والقسي، والنيل والسلاح كله، والطشت والقمقمة ونحو ذلك، ولا يجوز في الثياب؛ لأن القياس يأبي جوازه، وإنما جوازه استحسانًا لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب.

ومنها: أن لا يكون فيه أجل، فإن شُرب للاستصناع أجل صار سلمًا حتى يعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم.

وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال ضربا فيه أجلاً أو لم يضربا، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها أجلاً ينقلب سلمًا في قولهما جميعًا.

وجه قولهما: أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعًا، أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه، مع الشك والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل، فنعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم، ولأبي حنيفة أنه: إذا ضربا فيه أجلًا، فقد أتيا بمعنى السلم؛ إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلًا، والعبرة في العقود لمعانبها لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليك، وكذا الإجارة، وكذا الإجارة،

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢١٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يأتي: « يشترط في جواز الاستصناع بيان جنس العين المستصنعة ونوعها وقدرها وصفتها وأن يكون فيما للناس فيها تعامل »، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه يشترط في جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته وأن يكون فيما للناس فيه تعامل، لأنه مبيع فلا بد وأن يكون معلومًا،

⁽١) انظر بدائع الصنائع : ٥/ ٤.

والعلم يحصل بهذه الأشياء.

أما ما لا تعامل لهم فيه فلا يجوز؛ لأن جواز الاستصناع - مع أن القياس يأباه - يثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل، ويبقى الأمر فيما وراه ذلك موكولًا إلى القياس".

 (مادة ٥٩٩): لا يصبح الاستصناع فيما لا يتعامل فيه، وإذا ضرب له شهرًا فأكثر فيكون سلمًا تعتبر فيه شرائط السلم^(١)، وكذلك ما جرى به التعامل إذا ضرب له أجل، وكان شهرًا فأكثر يعتبر سلمًا^(١).

من شروط الاستصناع: أن يكون مما يتعامل فيه، وألا يكون مؤجلاً، وإلا كان سلمًا، فإن شُرب للاستصناع أجل صار سلمًا حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه... إلى قوله: فإن وجدت صحَّ وإلا فلا.

وقد استدلوا على اشتراط عدم ضرب الأجل في الاستصناع بأن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلًا، فإذا ما ضرب في الاستصناع أجل صار بمعنى السلم، ولو كانت الصيغة استصناعًا، وبأن التأجيل يختص بالديون؛ لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة، وليس ذلك إلا في السلم، إذ لا دين في الاستصناع.

وخالف في ذلك أبر يوسف ومحمد؛ إذ إن العرف عندهما جرى بضرب الأجل في الاستصناع، والاستصناع إنما جاز الساحبان الاستصناع، والاستصناع إنما جاز للتعامل، ومن مراعاة التعامل بين الناس رأى الصاحبان أن الاستصناع قد تعورف فيه على ضرب الأجل، فلا يتحول إلى السلم بوجود الأجل، وعندهما: أن الاستصناع إذا أريد يحمل على حقيقته، فإن كلام المتعاقدين يحمل على مقتضاه، وإذا كان كذلك فالأجل يحمل على الاستعجال لا الاستمهال؛ خروجًا من خلاف أي حنيفة (1).

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢١٥) وشرحها من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

⁽١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، المادة (٢١٦).

⁽٢) يستفاد حكمه من الدر وحاشيته رد المحتار من أواخر السلم ص : ٢١٤.

⁽٣) يستفاد حكمها من حاشية رد المحتار من أواخر السلم ص: ٢١٢.

⁽٤) انظر الموسوعة الفقهية : ٣٢٩/٢.

لا يكون الاستصناع سلمًا إذا حدد فيه الأجل ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن كيفية الاستصناع أن يقول لصانع كخفاف مثلاً: اصنع لي من مالك خفًا من هذا الجنس بهذه الصفة بحثرين بأجل معلوم، كأن يقول: شهرًا مثلًا صار سلمًا، فتعتبر فيه شرائط السلم.

فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره، تعورف الاستصناع فيه أو لا، عند أبي حنيفة؛ لأن السلم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع مطلقًا، وعند الصاحبين: إن صُربَ الأجل فيما تعور ف فهو استصناع؛ لأن اللفظ حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه، وإن ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم، لتعذر جعله استصناعًا، ويحمل الأجل فيما فيه تعامل على الاستمجال، هذا إذا كانت على سبيل الاستمجال بأن استصنع على سبيل الاستعجال بأن استصنع على أن يغرغ عنه غذًا أو بعد غذ لا يصبر سلمًا بالإجماع.

€ (مادة ٥٦٠): لا يلزم في الاستصناع تعجيل الثمن(١١).

في التتارخانية: لا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم، وإن شرط تعجيله، هذا إذا لم يضرب له أجلًا فإن ضوب قال أبو حنيفة: يصير سلمًا، ولا يبقى استصناعًا حتى يشترط فيه شرائط السلم.

ويظهر من هذا أن الاستصناع لا جبر على تعجيل الثمن، وأنه إذا كان مؤجلًا بشهر فأكثر يصير سلمًا، وهو عقد لازم يجبر عليه، ولا خيار فيه.

وإنما لم يلزم في الاستصناع تعجيل الثمن، لأنه عقد بيع يصح مع تعجيل الثمن وتأجيله، خلافًا لمن رأى أنه يصير سلمًا مع ضرب الأجل شهر أو أكثر⁽¹⁷⁾.

(عادة ٥٦١): لا يتعين المبيع للآمر قبل اختياره له، فيجوز للصانع أن يبيع مصنوعه
 قبل رؤية الآمر، كما يجوز للآمر أخذه وتركه بخيار الرؤية"؟.

إن جاء الصانع بمصنوع غيره أو بمصنوعه فأخذه الآمر برضا الصانع صح، ولا يتعين المبيع له أي للآمر بلا رضاه، فصح بيع الصانع لمصنوعه قبل رؤية آمره، ولو تعين

⁽١) يستفاد حكمها من رد المحتار أواخر السلم ص: ٢١٣.

⁽٢) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ٢٢٥.

⁽٣) يستفاد حكمها من الدر أواخر السلم ص: ٢١٣.

لما صح بيعه للأمر أخذه وتركه بخيار الرؤية، ومفاده أنه: لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح.

● (مادة ٥٦٢): إذا ضرب للاستصناع أجل شهرًا فأكثر صار سلمًا، سواء جرى فيه تمامل أم لا، فتعتبر فيه شرائط السلم، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي عليه في السلم('').

إذا شُرب للاستصناع أجل صار سلماً حتى يعتبر فيه شرائط السلم، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي عليه في السلم، كذا ذكره في المبسوط فيجر على التسليم"؟.

● (مادة ۹۲۳): إذا شُرب للاستصناع أجل أقل من شهرين^{٣٥} وجرى فيه تعامل كان استصناعًا صحيحًا، وإن لم يجر فيه تعامل إن ذكر الأجل على وجه الاستعجال كان استصناعًا صحيحًا ا أيضًا، وإن ذكر، على وجه الاستمهال فهو استصناع فاسد^{٤١٠}.

. إذا ضرب للاستصناع أجلًا أقل من شهر كان استصناعًا إن جرى فيه تعامل، كخف وطست وقعقمة ونحوها.

مما فيه تعامل استصناع كان العقد استصناعًا؛ لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته، ويحمل الأجل على التعجيل، بخلاف ما لا تعامل فيه؛ لأنه استصناع فاسد، فيحمل على السلم الصحيح، وله: أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفي تعاملهم: الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣١٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

⁽١) يستفاد حكمها من الدر وحاشية رد المحتار من أواخر السلم ص: ٢١٢.

⁽٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين.

⁽٣) في الأصل: [شهران] والصواب ما أثبتناه.

⁽٤) يستفاد حكمه من رد المحتار أواخر السلم ص: ٢١٢.



٤٥١	في المداينات والعقود والأمانات والضمانات
£0T	○ الباب الأول: (في أنواع الديونَ)
٤٥٢	* الغصل الأول: في الدِّين
	مادة (١٦٨): الدين ما وجب في ذمة المدين بعقد استهلاك مال أو ضيان غصب. الدين على نوعين مشترك
٤٥٣	وغير مشترك
	مادة (١٦٩): الدين المشترك ما كان سبه متحدًا سواء كان ثمن مبيع مشتركًا بين اثنين أو أكثر في بيع صفقة
£00	واحدة
٤٥٦	مادة (١٧٠): الدين غير المشترك هو ما كان سببه مختلفًا لا متحدًا
£0Y	مادة (٧١١): فإن التزم اثنان بعقد كفالة بدين وأدياه من مال مشترك بينها فالمطلوب لهما من المكفول عنه يكون دينا مشتركاً
£øV	مادة (۱۷۲): إذا كانت الديون المطلوبة من المدين غير مشتركة فلكل واحد من أربابها استيفاء دينه عل حدته من المدين
	مادة (١٧٣): إذا كان الدين المطلوب من المدين مشتركًا بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء أن يطلب
£0V	حصته منه
£0A	مادة (١٧٤): إذا قبض أحد الشريكين شيئًا من الدين المشترك فالشريك الآخر بالخيار
	مادة (١٧٥): إذا قبض أحـد الشريكين حصته من الديـن المشترك وأخـرجها من يده بوجه مـن الوجـوه
٤٥٩	أو استهلكها فلشريكه الآخر أن يُضَمَّنَّهُ حصته منها
	مادة (١٧٦): إذا قبض أحد الشريكين حصته من الدين المشترك وتَلَفَت في يده بلا تقصير منه فلا يضمـن
£04	حصة شريكه في المقبوض
	مادة (١٧٧): إذا أتلف أحد الدائنين في الديس المشترك مالًا للمدين وتفاصا بحصته ضمانًا فلشريكه
٤٦٠	أخذ حصته منه
٤٦٠	مادة (۱۷۸): إذا اشترى أحد الشريكين بنصيبه من الدين المشترك مالًا من المدين فالشريك الأخر غير
٤٦٢	مادة (١٧٩): إذا أبرأ أحدُ الشريكين المدين عن نصيبه من الدين المشترك صح إبراؤه
	مادة (١٨٠): إذا أخذ أحد الشريكين في الدين رهنًا من المدين في مقابلة حصته وتلف الرهن في يده فلشريكه
٤٦٣	أن يضمنه مقدار ما أصاب حصته
	مادة (١٨١): إذا أخذ أحد رُبِّيّ الدين من المدين كفيلًا بحصته منه أو أحاله المدين بها على آخر فلشريكه
477	أن يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحتال عليه
٤٦٣	مادة (١٨٢): إذا استأجر أحد الشريكين من المدين شيئًا مدة معينة بحصته من الدين صار قابضًا لها
	مادة (١٨٣): إذا صالح أحد رُبِّيّ الدين المدين عن نصفه الذي هو نصيبه فإن كان بدل الصلح من جنس
4 14	الدين فالشريك غير
17 0	مادة (١٨٤): إذا كان للمدين على أحد شريكي الدين المطلوب منه ديـن خاص به فليس لشريكه أن يرجع
• •• ••	شع ۽ من حصته

¥ A			

د الثا	٩٢٨ فهرس موضوعات المجل
	مادة (١٨٥): إذا حدث للمدين على أحد شريكي الدين المطلوب منه دين وثبت له ذلك بعد وجوب دينهما
۱۵	عليه وصار دينه قصاصًا فلشريكه الحق في الرجوع عليه بحصته منه
١٦	نيه على حسب حصة كل منها
	مادة (١٨٧): إذا كان الدين المشترك موروثًا فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن وله
١ ٠	أن يؤجل حصته
۱٧	صح تأجيله
	مادة (1٨٩): إذا كان الدين المشترك واجبًا بعقد قرض فلا يجوز للشريك الذي باشر العقد لا للشريك
۱۸	الأخر أن يؤجله
19	• القصل الثاني: في الدين المضمون
14	مادة (۱۹۰): إذا كان على عدة أشخاص دين وكان كل منهم كفيلًا بجميعه عن أصحابه فللغريم أن يطالب به من شاه منهم
19	مادة (١٩١): إذا كان للمدين كفيلٌ بالدين المطلوب منه فللدائن عند حلول أجل الدين مطالبة أيهما شام
	مادة (١٩٢): إذا كان على أحد دين كفله عنه كفيلان أو أكشر كفالة متعاقبة فللدائن أن يطالب بدينه كلًا من
۰	الأصيل والكفلاء
	مادة (١٩٣): إذا كان للمدين كفيلان أو أكثر كفلوا عنه الدين ممَّا في عقد واحد فللغريم أن يطالب كل واحد
٧١	من الكفيلين بنصف الدين
٧٣	وضمن جميع الدين الذي التزم به فللغريم مطالبة كل منهم بجميع الدين
٧٥	○ الباب الثاني: ﴿ فِي وَفَاهِ الدِّينِ وَالمُقَاصَةُ وَالْإِبرَاءَ عَنِ الدِّينِ وَتَجْدِيدُ عَقَدَهُ وغير ذلك ﴾
٧o	* الفصل الأول: في وقاء الدين
/o	مادة (١٩٥): تُقضَى الديون بإيفائها نقدًا أو قصاصًا أو بإبراء الغريم ذمةَ المدين أو بإحالة الدين
/1	مادة (١٩٦): يجوز وفاء الدين من المدين الأصيـل ومن الكفيل إن كَان له كفيل أو مـن شريكه إن كـان الدين مـــُــة كا
vv	مادة (١٩٧): يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره
	مادة (١٩٨): من قام عن غيره بواجب عليه من الواجبات الدنيوية رجع على الأمر بها أداه عنه وقام مقام الدائن
/Y	الأصلي في مطالبته به سواه اشترط الرجوع عليه أو لم يشترطه
٧٨	مادة (١٩٩): من قضي مُغَارِم غيره بأمره فله الرجوع بها دفعه على الآمر ولو لم يشترط الرجوع عليه
/٩	مادة (٢٠٠): إذا أمر أحد غَيره بشراء شيء له فقعل المأمور ذلك فله الرجوع على الآمر بشمن ما اشتراه له
	مادة (٢٠١): إذا أمر أحد غيره بأن يدفع عنه مبلغًا معلومًا إلى شخص معين فإن كان المأسور بالدفع صيرفيًا
۸٠	أو شريكًا للآمر أو خليطًا فله الرجوع بها دفعه على الآمر
	مادة (٢٠٢): إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه فقضاه ثم إن الأمر قضى الدين بنفسه فللمأمور أن يرجع على
••	القابض لا على الأمر
	مادة (٢٠٣): إذا لم يكن المأمور بالدفع صيرتيًا ولا شريكًا للأمر ولا خليطا له ولا هو في عياله ودفع مــا أمر به خان المستمد على المتحد على المتحد المنافقة
. 1	فإنها يرجع على الأمر بها دفعه

۹ =	هرس موضوعات المجلد الثاني
	ادة (٢٠٤): في كل موضع لا يملك المدفوع إليه المال مقابلًا بملك مال لا يرجع المأمور بها أنفقه على الأمر
r	إلا إذا اشترط الرجوع عليه
r	ادة (٢٠٥): إذا قضى أحد دين عَيره بلا أمره سقط الدين عن المدين
·	بادة (٢٠٦): إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلى الطالب فضاع في يد الرسول فقد ضاع من مال المدين
	ادة (٢٠٧): من دفع شيئًا ظانًا أنه واجّب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه منه بغير حق
	ادة (٢٠٨): ربُّ الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال مدينه أو من مال كفيله وهو على صفته فلــه أخذه
	بلا رضاهبلا رضاه
	ادة (٢٠٩): إذا عرض المدين مبلخ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر إلى الحاكم
	ليأمره بقبضه
	ادة (٢١٠): إذا كثُر غرماه المدين وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطلوبة لهم فله أن يقدم من شــاء منهم
	ويؤثره على غيره
	ادة (٢١١): كلُّ دين صَع تأجيله فأجَّله صاحبه أو قسطه إلى أقساط معلومة وقَبل ذلك المدين لزم تأجيله .
	ادة (٢١٢): إذا كان الدين مؤجَّلًا فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل ويجبر الدَّائن على القبول
	ادة (٢١٣): من عليه الدين إذا قضاه قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض أو وجد زيوفًا فرده الدائن
	عاد الدين مؤجلًا كها كان
	ادة (٢١٤): الدين المؤجل لا يجل بموت الدائن ويحل بموت المدين
	بادة (٢١٥): إذا كان الدين حالًا فليس للمدين أن يجبر صاحبه على قبول بعضه دون البعض
	ادة (٢١٦): إذا دفع المدين أحد دينين واجبين يعتبر قول المدين في تعيين نوع الدين الذي دفعه
	ادة (٢١٧): إنها يصح دفع الدين لصاحب الدين أو وكيله إن كان صاحب الدين بالغًا عاقلًا غير محجور عليه.
	ادة (٢١٨): إذا كان صاحب الدين قاصرًا أو كبرًا مجنونًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع المدين إليه الدين
	المطلوب له فلا يُعتبرُ دفعه و لا تبرأ دمته من الدين
	ادة (٢١٩): إذا كان المدين صغيرًا عيرًا أو كبيرًا معتومًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع الدين الذي عليه صح
	دفعه وبرث ذمته
	لأحد غرمائه فلسائر غرمائه نقضُ تصرفه واسترداد المبلغ الذي دفعه
	ادة (٢٢١): يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكًا لما دفعه
	ادة (٢٢٣): إذا كان الدين المطلوب ثمن مبيع وصار تعيينه في العقد وهو عا يتعين بالتعيين فليس للمدين
	أن يدفع غيره بدلًا عنه بدون رضاء الدائن
	مادة (٣٣٣): محل الوفاء هو المكان الذي تعين في العقد إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة
	» الفصل الثاني: في المقاصة
	مادة (٢٢٤): المقاصة هي إسقاط دين مطلـوب لشخـص مـن غريمه في مقابلة دين مطلـوب من ذلك
	الشخص لغريمه
	الدة (۲۲۰): المقاصة نوعان: جرية واختيارية
	مادة (٢٧٦): يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوة وضعفًا
	المراجعة المراجع المراجع المراجع المراجع المراجعين المراجعة والمراجع والمراجع المراجعة

مادة (٢٢٨): إذا كانَّ للمستودع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحمد فلا تصير

قصاصًا بالدين

	مادة (٢٢٩): إذا كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير العين قصاصًا في دينه
	إلا إذا تقاصًا وكانت العين مقبوضة في يده فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب
	لل مكان العين المفصوبة ويأخذها
	مادة (٣٣٠): إذا أتلف الدائن عينًا من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصًا
	مادة (٣٣١): إذا كان لكفيل المدين دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان
	قصاصًا من غير رضاهما
	♦ الفصل الثالث: في الإبراء عن الدين
	مادة (٢٣٢): الإبراء على نوعين: إبراء إسقاط وإبراء استيفاء
	مادة (٢٣٣): إذا اتصل بالصلح إبراء غصوص بالمصالح عنه فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع
۰۰۹	في غيره
۰۰۹	مادة (٢٣٤): من أبرأ شخصًا من حق له عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق
۰۱۰	مادة (٢٣٥): يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلًا بالغًا أهلًا للتبرع
	مادة (٢٣٦): إذا اتصل بالصلح إبراء عام عن كافة الحقوق والدعاوى فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق
•11	كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده
	مادة (٢٣٧): إذا تعدد المبرؤون يلزم تعيينهم تعيينًا كافيًا
•11	مادة (٢٣٨): حكمُ البزاءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم
•17	مادة (٢٣٩): لا يتوقف الإبراء على قبول المدين
۰۱۲	مادة (٢٤٠): يشترط لصحة البراءة رضاء رب الدين
۰۱۳	مادة (٢٤١): لا يصبح إبراء المريض في مرض موته وارثَه من الدين الذي له عليه أو من بعضه
	مادة (٣٤٣): إذا أبرأ المريض في مرض موته غير وارثه من الدين الذي له عليه يعتبر ذلك مــن ثلث تركته
۰۱۳	بعد وفاء ما يكون عليه من الدين
	مادة (٢٤٣): البراءة تفيد معنى التمليك فلا يصح تعليقها بالشرط
	مادة (£ ٢٤٤): إذا أبرأ الدائن مدينه عن بعض الدين أبرأ مقيدًا بأداء الباقي منه في وقت معين
•17	مادة (٢٤٥): إذا حط الدائن عن مديونه بعض الدين على أن يجعل أداء الباقي له فإنه يبرأ من الدين د دوري
•17	مادة (٤٤٦): براءة الأصيل توجب براءة ذمة الكفيل
	مادة (۲۶۷): إذا أبرأ الدائن أحد الكفيلين فلا يبرأ الأصيل ولا الكفيل الآخر
ø ۱۷	مادة (٣٤٨): إذا أبرأ الدائن ذمة أحد المدينين المتكافلين فإنه يبرأ عن دينه وعن دين الكفالة
۰۱۸	مادة (٢٤٩): إذا تعدد الكفلاء المتكافلون وأبرأ الغريمُ أحدًا منهم سقط عنه الدين
• 14	* الغصل الرابع: في تجديد الدين
۰۱۹	مادة (٢٥٠): يجوز فسخ عقد المداينة الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتداينين
۰۲۰	مادة (٢٥١): إذا فسخ عقد المداينة الأولى وصار تجديده بعقد آخر سقط الدين الواجب بالعقد الأول
۰۲۰	مادة (٢٥٢): إذا كان الدين الأول مكفولًا وفسخ عقده وصار تجديده بعقد آخر بطلت الكفالة وبرئ الكفيل.
۰۲۱	* الفصل الخامس: في فسخ العقد المترتب عليه الالتزام
۰۲۱	مادة (٢٥٣): إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية بطل الالتزام الذي كان مترتبًا عليه
۰۲۱	مادة (٢٥٤): إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات المالية وهو في يد صاحب بطل العقد
	مادة (٢٥٥): إذا كان عقد المعاوضة واردًا على منافع الأعيان المالية وفاتت المنفعة المقصودة بهلاك العين
	2

المنتفع بها سقط الأجر كله عن المنتفع

441 :	هرس موضوعات المجلد الثاني
۰۲٤	، الفصل السادس: في حكم مرور الزمان
	ادة (٢٥٦): دعوى الدين أيًّا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عــــــــــــــــــــــــــــــــــــ
۰۲٤	خس عثرة سنة
۰۲۰	ادة (٢٥٧): الاستحقاق في الوقف من قَبيل الملك المطلق
	ادة (٢٥٨): يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع دعوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الأجل لا من تاريخ -
• * •	عقد الدين
	ادة (٢٥٩): كما لا تسمع دعوى الدين عمن ترك المطالبة به من غير عذر خس عشرة سنة فكذلك لا تسمع
• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •	من ورثته بعد موته
۰۰۰۲	ادة (٢٦٠): إنها تعتبر المطالبة في مجلس القضاء لا في غيره
	ادة (٣٦١): إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر خس عشرة سنة وكان لباقي الورثة
• TV	عذر بأن كان قاصرًا فبلغ رشيدًا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته التي تخصه من الدين
۰۲۹	كتاب العقود على العموم
۰۳۱	C الباب الأول: (في ماهية العقد وشرائطه)
	ادة (٣٦٢): العقد هو عبارة عن ارتباط الإبجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت
۵۳۱	أثره في المعقود عليه
۰۲۲	ادة (٢٦٣): يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولَّة كانت أو عقارًا لتمليكها بعوض أو بغير عوض
۰۳٤	ادة (٢٦٤): يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضًا ورد بدلها
٠٣٥	ادة (٢٦٥): يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض أو بغير عوض
۰۳۸	ادة (٢٦٦): يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة
ø£1	اذة (٢٦٧): يشترط لتحقيق كل عقد توفُّر ثلاثة أشياء وهي: العاقدان، وصيغة العقد، ومحل يضاف إليه
۰٤٣	ه الفصل الأول: في أهلية العاقدين
	ادة(۲۲۸): يشترط لانعقاد عقود البيع والشراء ونحوها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أن يكون
018	كل من العاقدين مُمْيُّرًا
414	ص من محمد عليه لصغر سنه وعدم تمييزه تصر فاته عقودُه باطلة، لا تنعقد أصلًا
- 4	ادة (٧٧٠): إذا كان المحجور عليه صبيًّا عميزًا أو كبيرًا معتومًا تصع تصرفاته وعقوده التي تكون نافعة له
017	نفعًا عضًا
011	ادة (٢٧١): المحجور عليه فإنه لا ينفذ عقده إلا إذا أجازه الولي أو الوصي أو المولى
	ادة (٢٧٢): الصبي أو العبد المأذون له بالتجارة تصمح عقود بيعه وشهراته وإجارته إلخ وليس له
	أن يقرض ولا يهب ولا يكفل عن غيره
	ادة (٢٧٣): المحجور عليه حجرًا قضائيًا بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز
001	في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل
00Y	ي مستور على المستور عقود النبرعات أن يكون المتبرع عاقلًا بالغًا مطلق النصرف في ماله
	ادة (٢٧٥): يشترط لصحة عقود الضيانات ووجوب حفظ الودائع والأمانات والالتزام بأداء الدين
	المحال به في المداينات أن يكون كل من الضامن والمستودع والملتزم بوفاء الدين المحال به عليه
00A	عاقلًا بالغاغر محجور عليه
	عدد (٢٧٦): يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف
٥٦٠	في العين الوارد عليها العقد مالكًا لها أو وكيلًا عن مالكها
	ي مين موارد عيه

ملد الثاني	۹۳۲ فهرس موضوعات الم
	مادة (٢٧٧): يشترط للزوم عقـود المعاوضات الواردة على الأعيان أو على منافعها أن تكون عـاريّة عن
۰٦٤	الخيارات
٠٦٥	مادة (٢٧٨): يجوز للحُر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشرَ أيَّ عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره
۰٦٦	مادة (٢٧٩): من باشر بطريق الوكالة عن عَيره عقد هبة أو صدقة أو إعارة أو إيداع أو رهن أو قرض
۰٦۸	مادة (٢٨٠): من باشر بالتوكيل عن غيره عقدًا من عقود المعاوضات المالية عن إقرار يقع العقد للموكّل
۰۷۰	مادة (٢٨١): إذا أضاف الوكيل عقد المعاوضة المالية إلى نفسه تعود حقوق العقد كلهًا إليه
۰۷۲	مادة (٢٨٢): الأب المستور حاله إذا تصرف في مال ولده وكان تصرفه بمثل القيمة أو بيسير الغُبن صح العقد
	مادة (٢٨٣): الأب الفاسد الرأي الذي لا يحسن التصرف في المال إذا تصرف في مال ولده ببيع فلا يصح
۵٧٤	يبعه اصلًا
۰۷۵	مادة (٢٨٤): الوصي إذا تصرف في عقار اليتيم بالبيع بغير مسوغ من المسوغات الشرعية فلا يصح تصرفه
۰۷۸	* الفصل الثاني: في رضا العاقدين وما يعدم الرضا
	مادة (٢٨٥): يشترط لصحة العقـد الوارد على الأعيان المالية أو على منافعها تراضي العاقدين بلا إكراه
۰۷۸	ولا إجبار
۰۸۰	مادة (٢٨٦): الإكراه نوعان: مُلجئ وغيرُ مُلجئ
۰۸۲	مادة (٢٨٧): الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضًا
۰۸۳	مادة (٢٨٨): يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص
۰۸٤	مادة (٢٨٩): يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا أن يكون المُكْرِه قادرًا على إيقاع ما هَدد به
	مادة (٢٩٠): إذا عقد المكرّ والعقد في غياب المجبر ولم يرسل المُجْرَرُ أحدًا ليرده إليه إن لم يفعل فلا يعتبر
۰۸٥	الإكراه ويكون قد عَفَدَه طوعًا
۰۸٦	مادة (٢٩١): الرضا شرطٌ لصحة العقود التي تحتمل الفسخ
۰۸۸	مادة (٢٩٢): لا يصح أيضًا مع الإكراه إبراء الدائن من ديونه، ولا إبراه الكفيل بنفس أو مال
۰۸۹	مادة (٢٩٣): الكفالة والحوالة لا يصحان أيضًا بالإكراه
۰۹۰	مادة (٢٩٤): لا يصح الإقرار بالإكراه
۰۹۰	مادة (٢٩٥): العقود والتصرفات التي تصح مع الهزل ولا تحتمل الفسخ لا يؤثر فيها الإكراه ولا تبطل به
۰۹٤	مادة (٢٩٦): من أكُره على عقد من العقود المحتملة للفسخ جاز له أن يفسخه بعد زوال الإكراه
۰۹٦	مادة (٢٩٧): عقد المكرِّه ينعقد فاسدًا لا باطلًا
• 1 V	مادة (٢٩٨): عقود المكرِّه لا يتوقف نفاذها على إجازته بعد زوال الإكراه
۵٩٨	مادة (٢٩٩): للبائع المكرِّه ولوارثه من بعده أن ينقض تصر فات المشتري التي تحتمل الفسخ
٦٠٢	* الفصل الثالث: في الغبن الفاحش والغلط الواقع في العقود
٦٠٢	مادة (٣٠٠): الغبن الفاحش لا يفسد العقد، ولا يوجب حق فسخه للمغبون إلا إذا كان فيه تغرير
	مادة (٣٠١): إذا وقع غلط في عل العقد وكان المعقود عليه مسمَّى ومشارًا إليه فإن اختلف الجنس تعلق
	العقد بالمسمى وبطل لانعدامه، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف تعلق العقد بالمشار إليه،
7.7	وينعقد لوجوده
	* الفصل الرابع: في عل العقد وفائدته وقصد شرعيته
••••	- المقدل الرابع. في حل المقد والمداد والقيد الرابعية
	مادة (٣٠٢): لابد لكل عقد من تحل يضاف إليه يكون قابلًا لحكمه ويصبح أن يكون عمل العقد مالًا عينًا
1.1	كان أو دينًا أو منفعة أو عملًا

	 	and at the con-	
٣٣	 	 , مو ضو عات المجلد الثاني	P 3

	4 , 10, 10, 10, 10, 10, 10, 10, 10, 10, 10
	مادة (٣٠٣): بلزم لصحة عقود المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كل من البدلين معينًا تعيينًا نافيًا
	للجهالة الفاحشة
٦٠٨	مادة (٢٠٤): لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل عمَّلًا للعقد المتقدم ذكره [لا في السلم بشرائطه
T11	مادة (٣٠٥): يلزم أن يكون في العقد فائدة لعاقديه، وأن يكون مقصودًا شرعًا
311	* الفصل الخامس: ق أحكام العقود
111	
	عادة (٣٠٧): عقد المعاوضة من الجانبين الوارد على الأعيان المالية إذا وقع مستوفيًا شرائط الصحة يقتضي
11Y	ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين
	مادة (٣٠٨): عقد المعاوضة من الجانبين إذا وقع على منافع الأعيان المالية مستوفيًا شرائط الصحة والنفاذ
٦١٤	يستوجب النزام المتصرف في العين بتسليمها للمتنفع
	مادة (٢٠٩): عقد التبرع باللبة بلا عوض لا يتم بعد انعقاده صحيحًا ولا يلزم المتبرع حكمه إلا بتسليم
٦١٤	العين الموهوبة وقبضها
11V	مادة (٣١٠): إذا انعقد العقد موقوفًا غير نافذ فلا يظهر أثره، ولا يفيد ثبوت الملك
٠٠٠٠	مادة (٣١١): العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا
٠	مادة (٣١٢): العقد الفاسد هو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه
۱۳۰	مادة (٣١٣): العقد الباطل هو ما ليس مشروعًا لا أصلًا ولا وصفًا
۱۲۰	مادة (٣١٤): العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني
	 الباب الثاني: (في العقود التي يصبح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي لا يصبح اقترانها وتعليقها به،
٠ ٨٦٢	وفي العقود التي يصح إضافتها إلى المستقبل والتي لا يصح)
٠ ٨٢٢	 الفصل الأول: في ماهية الشرط والتعليق
	مادة (٣١٥): الشرط هو التزام مستقبل في أمر مستقبل بصيغة خصوصة. والتعليق هو ترتيبُ أمرٍ مستقبلٍ
٦٣٨	على حصول أمرٍ مستقبل مع اقترانه بأداة من أدوات الشرط
٦٤٠	مادة (٣١٦): العقد المنجَز ما كَان بصيَّعة مطلقة
٠	مادة (٣١٧): العقد المعلَّق هو ما كان معلقا بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلة
	مادة (٣١٨): يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدومًا على خطر الوجود، لا محققًا،
٦٤١	ولا مستحيلًا
	مادة (٣١٩): العقد المعلق على أمر محقق ينجز في الحال إذا كان لبقائه حكم ابتدائه والتعليـق على مستحيل
٦٤٢	لغو غير معتبر
٠ ١٤٢	مادة (٣٢٠): العقد المضاف هو ما كان مضافًا إلى وقت مستقبل
٠ ١١٢	مادة (٣٢١): الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه جائز معتبر؛ فيصح اقتران العقد به
	مادة (٣٣٢): الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه فاسد والشّرط الذي لا نفع فيه
٠٠٤	فهو لغو
٦٥٧	* الفصل الثاني: في بيان العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي لا يصح اقترانها وتعليقها به
٦٥٧	مادة (٣٢٣): كل ما كان مبادلةً مال بيال لا يصبح اقتر أنه بالشرط الفاسد و لا تعليقه به

• الفصل الأوَّل: في عقد البيع
كتاب البيوع
مال معين على شيء بعينه فله فسخ العقد
مادة (٣٤٢): عقد شراء أو إجارة أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك من القيميات أو صالح عن دعوى
مادة (٣٤١): خيار الرؤية ببطل بتصرف من له الخيار في العين تصرفًا لا يحتمل الفسخ أو يوجب حقًّا للغير
مادة (٣٤٠): من اشترى شيئًا لم يره من الأعيان التي يلزم تعيينها فهو غيَّر عند رؤية المبيع
مادة (٣٣٩): حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع
☀ الفصل الثاني: في خيار الرؤية وخيار العيب
وارث
- الله عند الله الله الله الله الله الله الله الل
مادة (٣٣٧): يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضي مدة الخيار بدون فسخ ولا إجازة للعقد عن شرط له الخيار
مادة (٢٣٦) إذا كان الخيار مشروطا لحل من العاقلين فاجازه احداثما سفط حياره وحده - ١٠٠١ ٧٣٣٧ / منالت الفريما فيمالك المدار من مرتبك المراد في شما لا اجازت المتر مريد ما
ولو لم يعلم الأخر
مادة (٣٣٥): العقد المشروط فسخه بالخيار يتم ويلزم إذا أجازه من له الخيار في المدة المعينة قــولًا أو فعلًا
مادة (٣٣٤): ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار إذا فسخه من له الخيار قولًا أو فعلًا في المدة المعينة له
عن ملكها
مادة (٣٣٣): إذا جُعل في عقود المعاوضات المالية خيارُ الشرطِ لكل من العاقدين فلا يخرج البدلان
مادة (٣٣٢): يصبح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين أو لأحدهما دون الآخر أو لأجنبي
مادة (٣٣١): خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية
مادة (٣٣٠): خيار الشرط يصح فيها يحتمل الفسخ من العقود اللازمة
كلها إلا في الوقف والكفالة
مادة (٣٣٩): يجوز أن يشترط في العقد أو بعده الخيار بفسخه أو إمضائه في مدة ثلاثة أيام لا أكثر في العقود
* الفصل الأول: في خيار الشرط
O الباب الثالث: (في أنواع الحيارات)
مادة (٣٢٨): كل ما كان تمليكًا في الحال فلا تصبح إضافته إلى الزمان المستقبل
إلى الزمان المستقبل
مادة (٣٢٧): ما لا يمكن تمليكه في الحال وما كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات يصح إضافته
* الفصل الثالث: في العقود التي يصح إضافتها إلى وقت مستقبل والتي لا يصح إضافتها إليه
الشرط
مادة (٣٢٦): الحوالة والكفالة يصح تعليقها بالشرط الملائم ويصحان مع اقترانها بالشرط الفاسد ويلغو
کان أو غیر ملائم
مادة (٣٢٥): ما كان من الإسقاطات المحصة أو من الالتزامات التي يحلف بها يصح تعليقه بالشرط ملاتياً
بالشرط الفاسد ويلغو الشرط
مادة (٣٢٤): ما كان مبادلةً مالٍ بغير مال أو كان من عقود التبرعات أو من التقييدات فإنه يصح مع اقترانه

940 =	رس موضوعات المجلد الثاني
٠٠٠	ادة (٣٤٤): لا يصح البيم إلا بتراضي العاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وتعيين المثمن والثمن
147	ادة (٣٤٥): ينعقد البيع بإيجاب وقبول أي بكل لفظين منبئين عن معني التمليك والتملك
190	ادة (٣٤٦): كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطابًا، يصح انعقاده بهما تحريرًا أو مكاتبةً
144	دة (٣٤٧): يصبح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي ولو من أحد الجانين بعد بيان الثمن فيها يكون ثمنه غير معلوم
y	ادة (٣٤٨): يصح أن يكون البيع باتًا منجَزًا وأن يكون بشرط الخيار، ويجوز أن يكون خيـار الشرط للبائع أو للمشترى أو لهم معًا
٧٠١	ادة (٣٤٩): يصح البيع بالشرط الذي يقتضيه العقد وبالشرط الذي يلاثم العقد
٧٠٤	ادة (٣٥٠): لا يصح البيع بالشرط الفاسد
٧٠٦	ادة (٣٥١): لا يصح تعليق البيع بشرط أو حادثة مستقبلة ولا يصح إضافته إلى وقت مستقبل
v•v	ادة (٣٥٢): يصح بيع المؤجل بالمعجل في السلم بشروطه
٧١٠	ادة (٣٥٣): مصاريف عقد البيع فيها يتعلق بتسليم المبيع، كأجرة كيل ووزن مبيع إذا بيع بهما على البائع
V17	الفصل الثاني: في العاقدين
V17	ادة (٤٠٣): يشترط لانعقاد البيع أن يكون كل من العاقدين أهلًا للعقد
V17	ادة (٣٥٥): يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكًا لما يبيعه أو وكيلًا لمالكه أو وليه أو وصيه
۷۱۳	ادة (٣٥٦): يشترط لصحة البيع رضا المتعاقدين بالبيع والشراء من غير إكراه ولا إجبار
٧١٠	ادة (٣٥٧): إيهاء الأخرس خلقة، أي إشارته المعروفة كالبيان باللسان
٧١٦	ادة (٣٥٨): بيع المريض في مرض مو [ّ] ته لوارثه موقوف على إجازة بقية الورثة
۷۱٦	ادة (٣٥٩): يجوز بع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغين يسير و لا يعد الغين اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين
V1V	ادة (٣٦٠): إذا باع المريضُ في مرض موته لغير الوارث بغين فاحش نقصًا في الشمن فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله
V1A	ادة (٣٦١): إذاً باع المريض لأجنبي شيئًا من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة وكان مديونًا بدين مستغرق لماله فلا تصح المحاباة
V14	ادة (٣٦٢): لا يجوز للفاضي أن يسع ماله لليتيم ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه
	ادة (٣٦٣): يجوز للأب الذي له ولاية على ولده الصغير أو الكبير الملحق به أن يبيع ماله لولده،
٧٧٠	وأن يشتري مال ولده لنفسه
٧¥١	ادة (٣٦٤): لا يجرز للرصي القام من قبل القاضي أن يشتري لنفسه شيئًا من مال اليتيم من نفسه، و لا أن يبيع مال نفسه لليتيم من نفسه مطلقًا
	رة من الماريخ عن المستحدث ويتم من مستحدث المستحدث المستح
VYY	من مال اليتيم إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم
VY £) باب: (في شروط المبيع وفيها لايجوز بيعه وما لا يجوز وفي كيفية المبيع)
VY £	. باب بن سروح سبيع ربيع و يادو بيد و دريات و يادو ربيع
	ادة (٣٦٦): يشترط أن يكون المبيع موجودًا، وأن يكون مالا متقومًا مقدور التسليم، وأن يكون معلومًا
VYÍ	ما ١٠٠٧). يسارك في يمون سيبع عو جواها، وإن يمون عدد مساور مساور مساور المساور. عند المشترى علماً نافئاً للجهالة الفاحشة

	(٣٦٧): إذا لم يكن المبيع معلومًا عند المشتري بأن كان غائبًا فإنه يعلم ببيان أحواله وأوصافه المميزة له
	عن غيره
•	(٣٦٨): المبيع يتعين يتعيينه في العقد فيلزم الباتع أن يسلمه بعيته
	(٣٦٩): يصح البيع والشراء لما لم يوه العاقدان وقت العقد بشرط ذكر جنسه ووصفه أو بشرط الإشارة
•	للى المبيع أو إلى مكانه
•	وقت الشراء أنه هو مرئيه السابق
	(٣٧١): من اشترى شيئًا وكان قد رآه هو أو وكيله في الشراء فليس له أن يرده إلا إذا وجده متغيرًا
•	عن الحالة التي رأه عليها
	(٣٧٧): من اشترى شيئًا ولم يره وقت شرائه وقبله فله الخيار إذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع (٣٧٠) مدر المروي من من المراجع المسلمان المالية المناز المروية المروية المسلمان المسلم
	(٣٧٣): يثبت للمشتري حق فسخ البيع ورد المبيع الذي اشتراه بدون أن يراه
	(٣٧٤): يصح شراء الأعمى وبيعه لنف أو لغيره
	(٣٧٥): الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها
	(٣٧٦): يشترط للزوم البيع إن كان المبيع دارًا أو خانًا رؤية كل حجرة أو قاعة منها
	(٣٧٧) إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة فلابد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدته،
	ولا يكتفي برؤية بعضها
	(٣٧٨): من اشترى أشياء متفاوتة صفقة واحدة ورأى بعضها فله الخيار بين أخذ جميع الأشياء المبيعة
	بالثمن المسمى لها وبين فسخ البيع
	(٣٧٩): إذا تصرف المشتري في المبيع الذي اشتراه قبل أن يراه تصرفًا لا يحتمل الفسخ أو يوجب
	حفًا للغير سقط حقه في ردّه بخيار الرؤية
	(٣٨٠): من اشترى شيئًا لم يره فلا يطالب بثمنه قبل رؤيته، وله استرداد الثمن الذي نقده إذا فسخ
	العقد ورد المبيع بخيار الرؤية
	(٣٨١): إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فوجد الميم خاليًا عن الوصف الذي رغب المشتري فيه من
	أجله فله الخيار
	صل الثاني: فيها يجوز بيعه وما لا يجوز
	(٣٨٣): يجوز بيع كل ما كان مالًا موجودًا متقومًا نملوكًا في نفسه مقدور التسليم
	(٣٨٣): بيع المعدوم باطل، فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل
•	(٣٨٤): الثمار التي ظهرت وانعقدت يجوز بيعها وهي على شجرها سواء كانت صالحة للأكل أم لا
	(٣٨٥): ما تتلاحق أفراده وتبرز شيئًا فشيئًا إن كان قد ظهر أكثره يجوز بيعه
	(٣٨٦): بيع ما لا يعد مالًا أصلًا وما ليس مقدور التسليم وما كان غير عرز من المباحات ولو في أرض
	علوكة للبائع باطل
	(٣٨٧): لا يجوز بيع العلو دون السفل إلا إذا كان العلو قائهًا؛ فلو سقط لا يجوز بيعه بل يبطل
	(٣٨٨): إذا كان العلو لصاحب السفل يجوز لصاحب السفل أن يبيع العلو وهو قائم

مادة (٣٩٠): بيع أحد الشريكين حصة مشاعًا في بناء أو شجر قائم في أرض عنكرة جائز للشريك وللأجنبي٧٤٦

مادة (٣٨٩): يصح بيع حصة شائعة معلومة من عقار قبل فرزها .

مادة (٣٩١): ما يترتب على بيعه مشاعًا ضرر للبائع أو للشريك فلا يصح بيعه مشاعًا.

٣٧	فهرس موضوعات المجلد الثاني 🚤 🚤 🚤 🚤 🚤 🚤 🚤 🚤
٤٨	مادة (٣٩٢): ما أمن ضرره للباتم والشريك يجوز بيعه مشاعًا
٤٩	مادة (٣٩٣): بيع المرهونُ والمستأجر ينعقد موقوفًا على إجازة المرتهن والمستأجر
۰۰	مادة (٣٩٤): من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفًا على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ وإلا بطل
	مادة (٣٩٥): يشترط لصحة الإجازة من المالك الذي يبع ملكه بغير إذنه أن يكون كل من البائع
۰۲	والمشتري وصاحب المتاع المبيع حيًّا
	مادة (٣٩٦): إذا أجـاز المالك بيع الفصُّولِي الذي تصرف في ماله بغير إذنه، إجـازة معتبرة بالقول
۰٤	أو بالفعل تعتبر إجازته توكيلًا له عنه في البيع
	مادة (٣٩٧): إذا لم يجز المالك بيع الفضولي وكان المشتري قد أدى للفضولي الثمن غير عالم وقت الأداء
	أنه فضولي باع ملك غيره بغير إذنه فله الرجوع عليه بالثمن
	مادة (٣٩٨): إذا سلم الفضولي للمشتري العين التي باعها له بدون إذن مالكها فهلكت في يد المشتري
	فللمالك أن يضغن قيمتها أيها شاء
	* الفصل الثالث: في كيفية بيع المبيع
	مادة (٣٩٩): المبيع إما أن يكون مثليًا أو قيميًّا، فالمثلي: ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يعتد به،
٥٧	ومنه العدديات المتقاربة
٥٨,	مادة (٤٠٠): المكيل والموزون الغير النقد والعددي المتقارب يصلح أن يكون مبيعًا وأن يكون ثمنًا
	مادة (٤٠٠): الكيل والموزون الغير النقد والعددى المتقارب يصليع أن يكون ميمًا وأن يكون ثمنًا مادة (٤٠١): يصح بهيم الكيلات والموزونات بغير جنسها متفاضلاً بأن يباع مكيل بموزون أو بمكيل
٥٨	من جنس آخر
٥٨	مادة (٤٠٢): يصح بيع المكيلات والموزونات بجنسها مثلًا بمثل
	مادة (٢٠٣): كما يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات كيلًا ووزنًا وعددًا وذرعًا
۰۹	بشروطه يصّح بيعها جزافًا
	مادة (٤٠٤): إذا بيعت المكيلات والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر والعدديات جـزافًا جاز
	للمشتري التصرف فيها قبل كيلها ووزنها وعدُّها
	مادة (٤٠٥): إذا بيعت المذروعات والموزونات التي في تبعيضها ضرر جزافًا أو بشرط الذرع
٦١	والعد، وقد سمي الثمن جملة جاز للمشتري التصرف فيها
71	مادة (٤٠٦): يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات مفردة
٦٤	مادة (٤٠٧): ما جاز بيعه منفردًا يجوز استثناؤه من البيع
٠	مادة (٨٠٤): كما يصح بيع العقار المحدود بالمتر والذراع يصح بيعه بتعيين حدوده
٠. م	مادة (٤٠٩): يصح أن يكون المبيع أحد شيئين قِيمِيّين أو مِثْلِيّين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء
٦٧	مادة (٤١٠): إذا كان خيار التعيين للبائع فله أن يلزم المشتري أيها شاء
	مادة (٤١١): إذا كان خيار التعيين للبائع وهلك أحد الشيئين في يده كان له أن يلزم المشتري بالثاني
٦٨	فإن هلكا معًا بطل العقد
	مادة (٤١٢): إذا كان خيار التعين للمشتري وهلك أحد الشيئين في يده تعين عليه أخذه ويكون الآخر ا
٦٩	في يده أمانة
٧٠	مادة (٢١٦)): إذا مات من له الخيار قبل التعيين انتقل حقه إلى وارثه
۷١	* الفصل الرابع: في الثمن
٧١	مادة (٤١٤): الثمن هم: ما تراض عليه العاقدان سراء زاد عل قيمة المبع أو نقص

الد الغاز .	۹۳۸
¥¥1	مادة (٤١٥): يشترط لصحة العقد تعيين الثمن في العقد ومعلوميته عند المتعاقدين التحاريف المنافق العصورات كراب ما المنافق الأهام المنافق المنافقة المنافقة المنافقة المنافقة المنافقة المنافقة
۰۰۰۳	مادة (٤١٦): إذا كان الثمن حاصرًا يعلم بمشاهدته والإشارة إليه وإن كان غائبًا يعلم بوصفه وبيان قدره التركيمة كان الذي يعنى مسيح كرام الذين الذي تغلق المارة المارة العالم المارة المارة المارة المارة المارة المارة
	مادة (٤١٧): إذا تعدد نوع مسكوكات الذهب والفضة في بلدة واختلفت ماليتها مع الاستواء في رواجها المراكب المراكب المراكب المراكب الذهب والفضة عن المراكب المراكب المراكب المراكب المراكب المراكب المراكب المراكب
٧٧٣	يلزم أن بين في العقد نوع الثمن منها
VV 0	مادة (14 £): إذا بين وصف الثمن في العقد لزم المشتري أن يؤديه من صنف النقود الموصوفة
VVV	مادة (١٩٩): يعتبر الثمن في مكان العقد وزمنه لا في زمن الإيفاء
VVA	مادة (٤٧٠): يصح البيع بثمن حال ومؤجل إلى أجل معلوم طويلًا كان أو قصيرًا
	مادة (٤٢١): يعتبر ابتداء الأجل من وقت تسليم المبيع في بيعٍ لا خيار فيه بثمنٍ مؤجل لا من وقت العقد
VV 1	إذا كانت مدة الأجل منكرَةً لا معينةً
٧٨٠	مادة (٤٢٢): لا يحل الأجل بموت البائع ويحل بموت المشتري
٧٨٠	مادة (٤٢٣): البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلًا
٧٨٧	مادة (٤٧٤): يجوز للباتع أن يتصرف في الثمن قبل قبضه وأن يحيل غريمه به على الباتع
	مادة (٤٢٥): إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يـــــــــــــــــــــــــــــــــــ
٧٨٣	صح البيع والشرط
٧٨٥	〇 باب: (في حكم البيم)
VA#	
VA.	مادة (٤٢٧): يترتب على عقد البيع الصحيح اللازم أمور أربعة
	مادة (٤٢٨): إذا انعقد البيع موقوفًا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليًّا باع ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد
	صبيًّا عيزًا أو صبية كذلك فلا يفيد ملك المبيع للمشتري
	مادة (٤٢٩) : إذا انعقد البيع نافذًا غير لازم بأن كان فيه خيارٌ شرط للبائع وحده، فلا يخرج المبيع عن ملكه
VAV	الى ملك المشتري
****	وي صف تصوري مادة (٣٠)): إذا هلك المبيع بخيار الشرط في مدة الخيار بعد تسليمه للمشتري فإن كان الخيار للبائع
	عادة (۱۰). إذا ملك البينغ بحيار السراط في عده احيار بعد تستيمه للمستري فإن مان احيار للبابع بطل البيم ريلزم المشتري القيمة يوم قبضه
****	بعن البيع ويترم المستري العبعة يوم بعه
	مادة (٤٣١) : إذا وقع البيع فاسدًا فلا يعلك المشتري للبيع إلا إذا قبضه برضا بائعه، وإذا تعذر رده ضمنه
٧٨٦	بمثله لو مثليًّا و إلا فبقيمته يوم قبضه
	مادة (٣٣): إذا وقع البيع باطلا فلا ينعقد أصلًا وإذا قبض المشتري المبيع فلا يكون مالكًا له وإن هلك
V¶1	في يده ضمن مثله إن وجد أو قيمته
V4Y	مادة (٤٣٣): البيع الباطل هو ما أورث خَللًا في ركن البيع أو في محله
٧٩٥	O باب: (في تسليم المبيع)
V40	 ♦ الفصل الأول: في كيفية التسليم ومكانه ووقته
	مادة (٢٤٤): التسليم في المبيع هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من
V4a	قدر ۱ ، ۱ ، المستقم ي المبيع عوان يتي المباع بين المبيع وبين المستري على وجه ينتمس المستري من قبضه من غير حائل ولا مانع
V 4 4	مادة (٣٥): التخلية قبض حكيًا، وهي تختلف بحسب حال الميع
T 1/4	
	مادة (٤٣٦): إذا كان المبع أرضًا فتسليمها إلى المشتري يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشتري
^''	من قبضها بأن تكون قريبة
۸۰۰	مادة (٤٣٧): إذا كان المبيع منقولًا فتسليمه يكون بمناولته من يد البائع أو وكيله إلى يد المشتري أو وكيله

44			 dalt of the term	
. 1	 		. موضوعات المجلد الثاني	4

** *	نهرم موضوعات المجلد التاني
	مادة (٤٣٨): كيل المكيلات ووزن الموزونات المعينة بأمر المشتري ووضعها في الأوعية والجوالق التي
۸٠۲	هيأها المشتري لوضع الميع فيها يكون تسلياً
	مادة (٤٣٩): إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد فاشتراها
۸۰۳	من المالك ينوب القبض الأول عن الثاني
۸۰٤	مادة (٤٤٠): يشترط في التسليم أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق النائع
	مادة (٤٤١): إذا قبض المشتري المبيع، ورآه البائع وهو يقبض، ولم يمنعه من قبضه يعتبـر ذلك إذنًا من
	البائع له بالقبض
	مادة (٤٤٢): إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن المستحق أداؤ . بلا إذن بائعه فلا يكون قبضه معتبرًا
	مادة (٤٤٣): تأجير المشتري المبيع قبل قبضه ولو من باثعه أو بيعُه قبل قبضه ولو منه وهو منقول غير جائز
	فلا يصير به قابضًا للمبيع
۸٠٩	مادة (£££): مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع حيث كان وقت العقد، ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد
	مادة (٤٤٥): إذا كان المشتري لا يعلم عمل المبيع وقت العقد ثم علم به بعده فله الخيار إن شاء فسخ البيع
	وإن شاء أمضاه
	مادة (٢٤٦): إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في عمل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور
۸۱۱	مادة (٤٤٧): يجب تسليم المبيع للمشتري عند نقده الثمنَ للبائع
	مادة (٤٨ £): إذا بيعت جملة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر فإن
۸۱۲	وجدت الكمية المبيعة تامة عند التسليم لزم البيع
	مادة (٤٤٩): إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر فإن وجدت حين وزنها
۸۱٤	أو ذرعها تامة لزم البيع
	مادة (٤٥٠): إذا بيع مجمـوع من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضـرر فإن وجــد المجموع
	وقت التسليم زائدًا أو ناقصًا عن القدر المعين من الوزن والـذرع فالمشتري غير إن شاء
٨١٠	فسخ البيع، وإن شاء أخذ ذلك المجموع
	مادة (٤٥١): إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة، ويُبِّن مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فإن ظهر عند
۸۱۶	البيع تامًّا لزم البيع
	مادة (٤٥٢): إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة ويُرُّن مقداره مع بيان أثبان آحاده وأفراده فإن ظهر
۸۱۸	عند التسليم تامًّا لزم البيع
	مادة (٤٥٣): في الصور التي يخير فيها المشتري مـن المواد السابقة إذا قبض المشتري المبيع وهو يعلم أنه
	ناقص فلا خيار له في الفسخ بعد القبض
۸۲۱	 الفصل الثاني: في حق حبس المبيع لقبض الثمن وفي هلاك المبيع
AT1	مادة (٤٥٤): للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جيع الثمن إن كان الثمن كله حالًا
	مادة (٤٥٥): لا يسقط حق الباتع في حبس المبيع بإعطاء المشتري له رهنًا أو كفيلًا ولا بإبرائه من بعض الثه
•	مادة (٤٥٦): إذا أحال البائع أحدًا على المشترى بكل الثمن إن لم يكن قبض منه شيئًا أو بها بقى له منه
AT £	إن كان لم يقبضه كله، وقبل المشترى الحوالة سقط حن البائم في حبس الميع
	مادة (٤٥٧): إذا أحدال المشترى البائم بالثمن كله إن كان كله في ذمته أو بها بقى في ذمته إن كان أدى بعضه
AY £	وقبل البائع الحوالة سقط حقه في حبس المبيع
	مادة (٤٥٨): إذا كان الثمن مؤجلًا في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع، فلا حق له في حبس المبيه
	مادة (٤٥٩): إذا سلم الباثع المسع قبل قبض الثمن نقد أسقط حتى حسه فلس له بعد ذلك أن ستر د المسع

ATY	مادة (٤٦٠): إذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو بفعل المبيع أو بآفة سهارية بطل البيع
	مادة (٤٦١): إذا هلك المبيع بعد القبض بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقًا أو بشرط الخيار له
	مادة (٤٦٢): إذا هلك المبيع قبل القبيض بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسسخ البيع ويتبع البائع
	المتعدي على المبيـع ويضمن مثله لو مثلبًا أُو قيمته لو قيميًا وإن شـاء أمضى البيـع ودفع الثمن
۸۳٠	ورجع على المتعدّي
۸۳۱	مادة (٤٦٣): إذا مات المشتري مُعلسًا بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن فالبائع أسوة الغرماء
	مادة (٤٦٤): إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبيع ودفع الثمن فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن
۸۳۲	من تركة المشترى
	مادة (٤٦٥): إذا مـات البائع مُغلـــًا بعد قبـض ثمـن المبيـع وقبـل تسليـمه للمشتـري فالمشتري أحـق
۸۳۳	به من سائر الغرماه
۸۳£	» فصل: في مصاريف التسليم ولوازم إتمامه
	سادة (٤٦٦): المصاريف المتعلقة بالثمن كعدَّ، ووزنه تلزم المشتري وحده وكذلك مصاريف الحمل
	مادة (٤٦٧): على البائم مصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه
	مادة (٤٦٨): أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المايعات تلزم المشترى
	قه فصل: فيها يدخل في البيع تبعًا وما لا يدخل
A1 ¥	
	مادة (٤٦٩): كمل ما جسرى عرف البلدة على أنه مـن متناو لات المبيع أو كان متصـلًا بالأرض اتصال قرار
	يدخل في البيع تبعًا بلا ذكر
ΛΓΛ	مادة (٤٧٠): فيدخل في الدار بحدودها كل ما كان مبنيًّا أو مثبًّا فيها أو متصلًّا بينائها اتصالًا لا ينفصل عنه معد (١٨٨): من من الحد الله من مركز الهذا من العرب المار
	مادة (٤٧١): ويدخـل في بيع الأرض تبعًا بلا ذكر الأشجـار المغروسـة فيها للبقاء والتأبيد، سـواء كانت صغعرة أو كبرة
A1 1	صعيره او جيره
A1.	۱۳۵۷ / ۲۰۱۱ کل که کان من حقوق تبیع و مرافقه ای توابعه اتنی و بد نه شها و و عصد و و توجه یدخش فی البیع إذا ذکرت الحقوق والمرافق فی العقد
	ي البيع إذا دورت المحموق والمرافق في المقطة
	مادة (201): لا يدخل الشعر في بيع الشجر إلا إذا اشترطه المبتاع
	عدد (٧٠٠) . ما كان في حكم جزء من المبيع بأن كان لا يتنفع بالمبيع إلا به فإنه يدخل في البيع بلا ذكر
	مادة (٧٦): شراء الشجرة لأجل القرار يدخل فيه الأرض القائمة عليها الشجرة
	مادة (٧٧٧): وإن اشترى شجرة للقلع، وكان في قلعها من الأصل ضرر للبائع يقطعها من وجه الأرض
A £ £	من حيث لا يتضرر به البائم
	س عيت و يعطرو به بينج
	عدد (٢٧٩): إذا لم يدخل الطريق في المبيع ولوس له مسلك إلى الشارع فللمشتري أن يرده للبائع إن لم يعلم
۸٤٦	بدلك وقت البيع
A£7	بعث ربحت و على المنظم الله المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثهار والنتاج تكون حقًّا للمشتري
A14	» فصل: في أداء الشعن
14	مادة (٤٨١): يجب عل المشتري أن ينقد الثمن أو لا في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة من (١٨٨): الناس ما يتر ها المأرزة من ها ما الما العالم الما المناس المناس المناس المناس المناس المناس المناس
۸۰۰	ادة (٤٨٣): إذا يبعث سلعة بعثلها أو نقود بعثلها يسلم المبيع والثمن معًا

٤١:	هرس موضوعات المجلد الثاني
	•
۰۰۱	ادة (٤٨٤): بحل الثمن المؤجل بموت المشتري، ولا يحل الثمن بموت البائع
	بادة (٤٨٥): إذا كان مكان أداء الشمن معينا في العقد فإن كان نما له حمل ومؤنة صبح التعيين وإن كان
\o Y	عالا حمل له ولا مؤنة لا يصح التعين ويجوز البيع
_	ادة (٤٨٦): لا يجوز بأي وجه كان للمشتري أن يجبس الثمن الحال بعد قبض المبيع إلا إذا استحق
	المبيع بالبينة وفسخ البيع قبل أداء الثمن
	ادة (٤٨٧): إذا لم يدفع المشتري الثمن حالًا إن كان معجلًا أو عند حلول أجله إن كان مؤجلًا فلا يفسخ البيع
	بادة (٤٨٨): لا يجوز للقاضي أن يمهل المشتري في دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشتري معسرًا لا يقدر
٠٠٠٠	على الوفاء فينتظر إلى المسرة
	مادة (٤٨٩): إذا كنان الثمن عينًا يجوز للبائع أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه من المشتري ببيع أو هبة المستعمل المستعمل المست
o t	او وصية أو غير ذلك
	بادة (٤٩٠): إذا كان الثمن دينًا في ذمة المشتري فليس للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه
۰	» فصل: في ضيان المبيع عند الاستحقاق
ω٧	ادة (٤٩١): الباتع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ولو لم يشترط الضهان في العقد
٥٨	مادة (٤٩٢): لا يصبح اشتراط عدم ضهان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط
۰۹	ادة (٤٩٣): يصح ضمان الثمن للمشتري معلَّقًا بظهور الاستحقاق
	بادة (£94): علم المشتري بكـون المبيع ليـس ملكًا للبائع لا يمنـع مـن رجوعـه بالثمـن على البـائع
٠	عند استحقاق المبيع
۲۲	ادة (٤٩٥): إنها يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا ورد الاستحقاق على ملك البائع الكائن من الأصل
٠٦٣	ادة (٤٩٦): لا يرجع المشتري بالثمن على البائع إلا إذا أثبت استحقاق المبيع عليه بالبينة
٦٤	
	إدة (٤٩٨): إذا أحال البائع بالثمن على المشتري فدفعه إلى المحال ثم استحق المبيع بالبينة يرجع
	المشتري بالثمن على البائع لا على المحتال
	مادة (£٩٩): إذا استحق المبيع على المشتري بالبينة فله استرداد الثمن بتهامه من الباثع ولو نقصت قيمة
ه۲	المبيع بعد البيع بأي سبب كان
	مادة (٥٠٠): إذا زادت قيمة المبيع عن ثمنه الذي اشتراه به المشتري فليس له حق في طلب شيء
٠	من الباتع زائدًا عن الثمن الذي أداه إياه
	» فصل: في حكم البناء والغراس
	مادة (٥٠١): إذا بني المشتري بناء في المبيع أو غرس فيه أشجارًا ثم استحق المبيع بالبينة رجع المشتري
	على الباتع بالثمن وبقيمة البناء والغراس
٠ ٧٢	مادة (٥٠٢): إنها يرجع المشتري إذا بني أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه للبائع
	مادة (٥٠٣): إذا قلع المستحدق البناء أو الشجر الذي كان قائمًا بالمبيع قبل أن يسلمه المشتري للبائع
٦٨	فالمشتري يرجع بالثمن على البائع
٠٠٠٨	باعه إلى بطري و مالكه فلا حق له في الرجوع بقيمة البناء والغراس
79	بادة (٥٠٥): إذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع في قدر المستحق
٧١	ادة (٥٠٦): إذا قبض المسع كله فاستحق بعضه بطل السع بقد و

فهرس موضوعات المجلد الثان			_						

	ادة (٥٠٧): إذا بنسي المشتري في المبيع، ثم استُحِقَ منه جزء شاشع ورد المشتري ما بقي منه على البائع
VY	كان له أن يرجع عليه بالثمن ونصف قيمة البناء
	ادة (٥٠٨): إذا استحق أحد البدلين في المقايضة وهي بيع عين بعين يرجع المشتري بالبدل الآخر إن كان
٧٢	قائلًا أو بقيمته إن كان هالكًا لا بقيمة المستحق
	ادة (٥٠٩): ما يدخل في البيع تبعا إذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن فيرجع المشتري
٧٢	على البائع بحصته من الثعن
	ادة (٥١٠): إذا ولدت الدابة المشتراة عند المشتري، ثم استُحقت بالبينة فالمستحق يأخذها مع نتاجها،
V E	والمشتري يرجع على الباتع بالثمن وقيمة النتاج
V£	ادة (٩١١): إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع فلابد للمستحق من أن يبرهن على قيمته يوم الشراء
۰۷٦	فصل: في رد المبيع بالعيب القديم
	ادة (١٢ ٥): البيع المطلق أي المجرد من شرط البراءة من العيـوب ومن ذكر العيـب والسلامة يقتضي
	أن يكون المبيع سالمًا خاليًا من كل عيب
	ادة (٩١٣): يثبت خيار العيب للمشتري وإن لم يشترطه في عقد البيع
	ادة (١٤ ه): العيب الموجب لرد المبيع هو ما ينقص الثمن ولو يسيرًا أو ما يفوت به غرضٌ صحيحٌ بشرط
٧٩	أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه
۸۱	ادة (٥١٥): يشترط أن يكون العيب الموجب لرد المبيع قدييًا
	ادة (١٦ ه): العيب القديم هو ما كان موجودًا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع
	قبل التمليم
	ادة (١٧ ٥): إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له، فلا خيار له في رده
MY	بالعيب المسمى
	ادة (١٨ ٥): اشترط الباتع بواءته من كل عيب أو من كل عيب به وقبل المشتري المبيع بهذا الشرط صح
A£	البيع والشرط وإن لم يسمُّ العيوب
٨٥	ادة (١٩ ٥): ما بيع بيعًا مطلقًا منقولًا كان أو عقارًا، أو ظهر للمشتري عيب قديم فيه فله الخيار
۸٥	ادة (٥٢٠): إذا بيعت جملة أشياء صفقةً واحدةً وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشتري غير
	ادة (٥٢١): إذا بيعت جملة أشياء صفقةً واحدةً وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فإن لم يكن في تفريقها
ΑΥ	ضرر فللمشتري أن يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالمًا
	ادة (٧٣٧): إذا كان المبيع كمية معينة من المكيلات والموزونات ووجد في بعضها عيبًا بعد التسليم
Αγ	فإن كانت في أوعية مختلفة فللمشتري أن يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده
	لة (٥٢٣): إذا وجد في الحنطة أو الشعير أو غيرهما من الغلال ترابًا فإن كانَّ التراب قليلًا فليس للمشتري رد المبيع
	ادة (٧٤): إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري فليس له أن يرده بالعيب
۸۹	القديم والعيب الجديد موجود فيه
۹٠	ادة (٥٢٥): إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع
41	ادة (٥٢٦): يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة الموثوق بهم
	دة (٥٢٧): إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع فإنه يرجع
41	على الباتم بنقصان العيب ويعتنع الرد
97	ادة (٥٢٨): إذا تصرف المشتري في المبيع بيم أو هبة ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان
	المارانا ماران هرف المساري في سبيع بيها الراب عم سم بالمنب و براي بالساب

9 2 4 ==	برس موضوعات المجلد الثاني
445	•
A17	ادة (٧٦٩): إذا أجَّر المشتري الميع ثم وجد به عيبا فله نقض الإجارة ورده بعيه ادة (٥٣٠): إذا هلك الميم المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على الباتم بتقصان العيب
A 11	العار (٣٠) : إن ظهر أن المبيع العيب في يد التساري فهار ف طيء ويرجع عن الباع المصال العيب ادة (٣٠) : إن ظهر أن المبيع العيب لا ينتفع به أصلًا يبطل البيع ويكون للمشتري حق استرداد الثمن
444	من البائم إن كان نقده إليه
۸۹٦	فصل: في الغبن والتغرير
۸۹٦	ادة (٥٣٢): لا رد بغبن فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتبايعين الأخر أو غره الدلال
۹۰۲	ادة (٣٣٠): لا يفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال
4 • 7	ادة (٣٤ ه): إذا مات المغرور المغبون بغبن فاحش فلا ينتقل خيار التغرير لوارثه
	ادة (٣٥): المشتري المغرور المغبون بغبن فاحش إذا تصرف في بعض المبيع تصرف الملاك بعد علمه
۹۰۲	بالغبن الفاحش سقط حق فسخه
٩٠٤	ادة (٣٣٦): إذا هلك عند المشتري المبيع بغبن فاحش فلا حق له في فسخ البيع ويلزمه جميع الثمن
۹۰۵) باب السلم
٠	ادة (٥٣٧): السلم هو شراءُ مثمن آجل وهو المسلم فيه بثمن عاجل وهو رأس المال
4 • ٦	ادة (٥٣٨): حكم السلم ثبوت المُّلك للمسلم إليه في الثمن عاجلًا ولرب السلم في المسلم فيه آجلًا
۹۰٦	ادة (٣٩٥): لا يصح السلم إلا في الأشياء التي يمكن ضبطها وتعيينها قدرًا ووصفًا
	ادة (٥٤٠): يشترط لصحة السلم إن كان المسلم فيه حنطة أو قطنًا أو خبرًا أو شعيرًا أو غير ذلك
٠٠٧	أن تكون موجودة وقت العقد إلى وقت التسليم
۱۰۸	دة (٤١ °): شروط صحة السلم سبعة
٠	دة (٤٢ ه): يشترط لبقاء السلم على الصحة قبض رأس المال ولو عينًا قبل الافتراق
111	دة (٤٣ ه): إذا اشترط الإيفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الإيفاء
١٠٠	ادة (٤٤٥): ما لا حمل له ولا مؤنَّه لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء فيوفيه حيث شاء ولو عَيَّن مكانًا تعين
117	ادة (٤٥ ه): إذا أبي المسلم إليه قبض رأس المال يجبر عليه
	ادة (٤٦ ه): لا يجوز للمسلم إليه التصرف في رأس المال قبل قبضه ولا لرب السلم أن يتصرف في المسلم
	فيه قبل استلامه بنحو بيع وشراه
117	دة (٥٤٧): يبطل الأجل بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم فيؤخذ المسلم فيه من تركة المسلم إليه حالًا
111	فصل: في بيع الوفاء
	مس. في بيع الوفاء هـ و أن يبيع شيئًا بكذا أو بِدّين عليه بنسرط إذا رد البانع النَّمـن إلى المشتري
	ده (۱۳۵۸). بيخ انو ده هنو ان پييخ سيد بخد، او پندين خيه بسرك رد ارد اښخ اسمن يې انساري فإنه پر د له العين المبيعة وفاء
116	وله يرد له العبي البيعة والاستخداد الأمانية المالية ال
	دة (٥٤٩): لا يجـوز للمشتري وفاءً أن يتنفع بالميع إلا بإذن البائع ويضمن ما أكله بغير إذنه من ثمره أ
	أو ما أتلفه من شجره
111	ادة (٥٠٠): لا يجوز للباتع أو المشتري أن يبيع العين المبيعة وفاءً لشخص آخر
	ادة (٥٥١): إذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد ما دفع الثمن للبائع ثم امتنع البائع من رد نظير الثمن
17	للمشتري يؤمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه
(1 V	ادة (٥٠٣): إذا هلك المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين في مقابلته
	ادة (٥٥٣): إذا هلك المبيع وفاء في يد المشتري وكانت قيمته زائدة عن مقدار الدين سقط من قيمته
11A	قدر ما يقابل الدين

ضوعات المجلد الثاني	۹٤) هرس مو
414	ادة (٥٥٤): إذا مات أحد المتبايعين وفاء تقوم ورثته مقامه في أحكام الوفاء
414	ادة (٥٥٥): ليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشتري في المبيع وفاء حتى يستوفي دينه من المبيع
۹۲۰	ا فصل: في الاستصناع
۹۲۰	ادة (٥٥٦): الاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع
٩٢١	ادة (٥٥٧): ينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع
وعه	ادة (٥٥٨): يجوز الاستصناع في كل ما جرى به التعامل. ويشترط لصحته بيان جنس المصنوع و
٩٢٢	وقدره ووصفه
971	ادة (٥٥٩): لا يصح الاستصناع فيها لا يتعامل فيه
970	ادة (٥٦٠): لا يلزم في الاستصناع تعجيل الثمن
470	ادة (٥٦١): لا يتعين المبيع للأمر قبل اختياره له
177	ادة (٥٦٣): إذا ضرب للاستصناع أجل شهرًا فأكثر صار سلمًا
خ	ادة (٩٦٣): إذا ضه ب للاستصناع أجل أقل من شعد من وجدى فيه تعامل كان استصناعًا صح

وبهذا ينتهي المجلد الثاني ويليه المجلد الثالث وأوله: « كتاب الإجارة »